

**Gewinnbeteiligungsrecht
und Verlusttragungspflicht des erbrechtlichen
Nutzniessers speziell im Hinblick auf die
Nutzniessung am Handelsgeschäft**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ALICE CHARLOTTE VON ZIEGLER

von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Juris-Verlag, Zürich

1953

**Gewinnbeteiligungsrecht
und Verlusttragungspflicht des erbrechtlichen
Nutzniessers speziell im Hinblick auf die
Nutzniessung am Handelsgeschäft**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ALICE CHARLOTTE VON ZIEGLER

von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Juris-Verlag, Zürich

1953

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 2. Mai 1953.

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	11
 I. Teil: Die erbrechtliche Nutzniessung am Handelsgeschäft . .	 13
1. Kapitel: Der Begriff des Handelsgeschäftes	13
§ 1. Handel, Handelsgeschäft und Handelsvermögen	13
§ 2. Rechtsgeschäfte über das Handelsgeschäft	19
2. Kapitel: Die Nutzniessung am Handelsgeschäft	23
§ 3. Der Begriff	23
§ 4. Die Entstehung der Nutzniessung	27
A) Rechtsgeschäftliche Nutzniessung	27
B) Gesetzliche Nutzniessung	28
§ 5. Das Wesen der Nutzniessung	29
§ 6. Arten der Nutzniessung	30
A) Die eigentliche Nutzniessung	31
B) Die uneigentliche Nutzniessung	33
C) Der Dispositionsniessbrauch	34
§ 7. Inhalt der Nutzniessung	37
A) Der Besitz	37
B) Die Verwaltung	39
C) Die Nutzung	40
3. Kapitel: Rechte und Pflichten des Nutzniessers	42
§ 8. Rechte und Pflichten des Nutzniessers als Besitzer	42
§ 9. Rechte und Pflichten des Nutzniessers als Verwalter	43
§ 10. Rechte und Pflichten des Nutzniessers als Nutzungs- berechtigter	50
 II. Teil: Gewinnbeteiligungsrecht und Verlusttragungspflicht des erbrechtlichen Nutzniessers am Handelsgeschäft . . .	 54
4. Kapitel: Allgemeines	54
5. Kapitel: Die Ermittlung von Gewinn und Verlust	55
§ 11. Die Buchführung des Nutzniessers	55
A) Allgemeines	55
B) Inventar und Bilanz	57
§ 12. Die Gewinnziehung des Nutzniessers	59
§ 13. Die Verlusttragung des Nutzniessers	60
A) Der Nutzniessers kann sich exculpieren	60
B) Der Nutzniessers kann sich nicht exculpieren	61

6. Kapitel: Die verschiedenen Formen der erbrechtlichen Nutzniessung am Handelsgeschäft	63
7. Kapitel: Das Nutzniessungsobjekt ist aus der Erbmasse ausgeschieden worden	66
§ 14. Allgemeines	66
§ 15. Der Nutzniesser führt das Handelsgeschäft	67
A) Der Nutzniesser ist Geschäftsinhaber	67
B) Der Nutzniesser führt das Geschäft im Auftrag der Erben	68
C) Der Nutzniesser führt das Geschäft als Pächter der Erben	70
§ 16. Der Erbe führt das Handelsgeschäft	71
A) Der Nutzniesser erhält den Reingewinn des Geschäftes	72
B) Der Nutzniesser erhält einen festen Pachtzins von den Erben	73
C) Der Nutzniesser erhält eine Rente	73
§ 17. Erben und Nutzniesser führen das Handelsgeschäft gemeinsam	75
A) Als einfache Gesellschaft	75
B) Als Kommandit- oder Kollektivgesellschaft	77
§ 18. Ein Dritter führt das Handelsgeschäft	77
A) Als Angestellter des Nutzniessers	77
B) Als Pächter des Nutzniessers	78
8. Kapitel: Es hat keine Ausscheidung des Nutzniessungsobjektes aus dem Nachlass stattgefunden	79
§ 19. Allgemeines	79
§ 20. Die Berechnung des Nutzungsanspruchs des Nutzniessers	80
§ 21. Gründe, die gegen eine Gewinn- und Verlustberechnung über den gesamten unverteilten Nachlass zusammen sprechen	81
§ 22. Gründe, die für eine Gewinn- und Verlustberechnung über den gesamten unverteilten Nachlass zusammen sprechen	82
§ 23. Die quotalen Nutzniessung am unverteilten Nachlass als Nutzniessung an einer Gesamtheit	83
9. Kapitel: Das Nutzniessungsobjekt ist seiner rechtlichen, nicht aber seiner tatsächlichen Natur nach ausgeschieden worden	84
§ 24. Allgemeines	84
§ 25. Die verschiedenen Formen der Vereinigung mehrerer Handelsgeschäfte in der Hand eines Inhabers	85
A) Mehrere Hauptunternehmen in der Hand desselben Inhabers	86
B) Haupt- und Nebengewerbe	86
C) Gemischte Gewerbebetriebe	87
§ 26. Nie Nutzniessung an einem solchen aus der Gesamtheit losgelösten Betrieb	87
Schlussbetrachtung	89

LITERATURVERZEICHNIS

- Becker H. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band VI: Obligationenrecht. I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen; II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. Bern 1934/41.
- Birkmeyer Karl Ueber das Vermögen im juristischen Sinn. Erlangen 1879.
- Bühler Albin Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1947.
- Colin A. et Capitant H. Cours élémentaire de Droit civil français. Paris 1939.
- Curti-Forrer E. Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen Zürich 1911.
- Dernburg Hch. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs. Band I. Halle 1894. cit. Lehrbuch.
Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens: Das Sachenrecht Halle 1898. cit. Sachenrecht.
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch. I. Bd. Mannheim / Berlin / Leipzig, 1930.
- Endemann Frdr. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1905.
- Escher A. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band III: Erbrecht. Zürich 1937/43.
- Gierke Otto Deutsches Privatrecht. Band II. Leipzig 1905.
- Hauptmann F. Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Diss. Giessen 1923.
- His Eduard Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII: Obligationenrecht. Bern 1940.
- Homberger A. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht. Zürich 1938.
- Jacusiël Max Nutzungsrechte am Handelsgeschäft. Diss. Berlin 1906.
- Karnbach H. Die Nutzniessung an Forderungen. Diss. Zürich 1936.
- Kellerhals F. Die Nutzniessung am Handelsgeschäft. ZSR 53, 1912, Neue Folge 31. S. 269 ff.
- Ladenburg Rechtsfolgen der Uebernahme eines Handelsgeschäftes. Im Archiv des deutschen Handelsrechts, Band 34. S. 25 ff.
- Leemann Hans Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band IV: Sachenrecht. Bern 1920/25.
- Lehmann Karl Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1914.
Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin/Leipzig 1921. cit. Lehrbuch.
- Liebermann R. Die sachenrechtliche Nutzniessung. Diss. Zürich 1934.
- Marquis G. V. Les droits successoraux du conjoint survivant d'après le Code civil suisse. Diss. Lausanne 1915.
- Mitglieder des Reichsgerichtes Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1940.
- Nelson E. Die Haftung des Erben eines Handelsgeschäftes für die frühern Geschäftsverbindlichkeiten. Berlin 1906.

- Niescher L. R. Die Haftung bei der Uebernahme eines Handelsgeschäftes auf Grund Pachtvertrages oder Niessbrauchs. Diss. Leipzig 1937.
- Oser H. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band V: Obligationenrecht. Zürich 1915.
- Oser/Schönenberger Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht. 3 Bände, Zürich 1929—1947.
- Pernice A. Textausgabe des schweiz. Obligationenrechts. Zürich 1946.
- Pernice A. Kritik des Werks «Ueber das Vermögen» von Birkmeyer. In der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Brinz und Pözl. Neue Folge, Band III. München 1880. S. 232 ff.
- Piaget J. E. De la situation juridique et plus spécialement des droits successoraux du conjoint survivant d'après le Code civil suisse. Diss. Genf 1910.
- Pinner Felix Die Vererbung eines Handelsgeschäftes Diss. Rostock 1904.
- Planck G. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: Sachenrecht. Berlin 1913.
- Planiol Marcel Traité élémentaire de Droit Civil. I. Band III. A.; Paris 1946.
- Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Berlin 1929 ff.
- Renault I. et Lyon-Caen Précis de Droit commercial. Paris 1884.
- de Rham Etienne Les sûretés dues par l'usufruitier au nu-propiétaire. Diss. Lausanne 1925.
- Rossel V. et Mentha F. H. Manuel de droit civil suisse. Lausanne/Genève 1922.
- Sebes W. Der überlebende Ehegatte als Nutzniesser. Diss. Zürich 1943.
- Seinet Alfred Nachfolge des überlebenden Ehegatten in Nutzniessung. Diss. Bern 1941.
- Siegwart Alfred Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band V: Obligationenrecht. Zürich 1938.
- Simen Elvezio Das Dispositionsrecht des Nutzniessers und des Nutzungsberechtigten nach ZGB. Diss. Bern 1929.
- Sohm R. Institutionen des Römischen Rechts. München/Leipzig 1926.
- Staub Kommentar zum HGB, Band I. Berlin/Leipzig 1926.
- Stern Robert Buchhaltungslexikon. Berlin / Leipzig / Wien 1927—1931, 3 Bände.
- Treadwell G. P. Die Geschäftsübernahme. Diss. Zürich 1913.
- Tuor P. Ueberlebender Ehegatte und Nachkommen in Theorie und Praxis des schweizerischen Erbrechts. Rektoratsrede Bern 1945. cit. Rede. (Im Bericht über das Studienjahr 1943/44 der Universität Bern.)
- Tuor P. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band III: Erbrecht. Bern 1929.
- Tuor P. Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 5. A. Zürich 1948. cit. ZGB.
- Vinassa W. Die Kundschaft. Diss. Bern 1926.
- Wieland Karl Handelsrecht, Band I. München 1921. cit. Wieland HR I.
- Wieland Karl Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht. Zürich 1909.
- Weiss G. Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen ZGB und OR. Zürich 1925 ff.

ABKÜRZUNGEN

AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung, Lausanne.
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BLZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich
Dernburg Lehrbuch:	Hch. Dernburg: Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reiches. Band I. Halle 1894.
Dernburg Sachenrecht	Hch. Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens: Das Sachenrecht. Halle 1898.
HGB	Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
HGB der Mitgl. des RG	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsgerichtes. Berlin 1940.
HRegVO	Verordnung über das schweizerische Handelsregister vom 7. Juni 1937.
KUVG	Bundesgesetz über Kranken- und Unfallversicherung vom 18. Juni 1915 / 13. Juni 1911.
Lehmann Lehrbuch	Lehmann Karl: Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin/Leipzig 1921.
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936.
Rvergl. Hwb.	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von Schlegelberger, Berlin 1929 ff.
Sten. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Bern.
Stern Bhlex	Stern: Buchhaltungslexikon; Berlin/Leipzig/Wien. 3 Bände 1927—31.
Tuor Komm.	Tuor: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, Bern 1929.
Tuor Lehrbuch	P. Tuor: Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 5. A. Zürich 1948.
Tuor Rede	Tuor: Ueberlebender Ehegatte und Nachkommen in Theorie und Praxis des schweizerischen Erbrechts. Rektoratsrede, Bern 1945.
Vergl.	Vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
Weiss	Weiss: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen ZGB und OR.
Wieland HR I	Wieland: Handelsrecht, Band I. München 1921.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Bern.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht. Basel.

EINLEITUNG

Zwei Gründe werden den Kaufmann veranlassen, für den Todesfall vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Erstens einmal möchte er den Erben das Unternehmen in seiner Gesamtheit erhalten. Falls dieses nämlich nach seinem Tode auseinandergerissen würde, ginge der darin enthaltene Wert unter, da das Handelsgeschäft auf dem engen Zusammenspiel der verschiedenen Vermögensteile, aus denen es zusammengesetzt ist, basiert.

Zweitens soll dem hinterlassenen Ehegatten — meistens wird es die Frau sein — ermöglicht werden, ein Leben unter den gleichen finanziellen Bedingungen wie bis anhin zu führen. Der Kaufmann wird ihr also nicht nur ihren gesetzlichen Erbteil zukommen lassen, sondern ihr durch Vermächtnis die Nutzniessung am ganzen Geschäft sichern. Damit wird auch dem ersten Faktor — Erhaltung des Unternehmens — Rechnung getragen.

Ob die Frau das Geschäft selbst leitet, ob die Erben dies tun, oder ob ein Dritter damit beauftragt wird, hängt von den Umständen und besonders von ihren Fähigkeiten ab.

Solche Nutzniessungen am Handelsgeschäft sind in der Praxis sehr häufig. Vom Gesetz wurden sie aber bisher vernachlässigt. Der einzige Grund dafür kann sein, dass der Gesetzgeber die Parteien veranlassen wollte, die entstehenden Rechtsverhältnisse unter sich selbst zu regeln. Diese sind je nach Art und Grösse des Unternehmens so verschiedenartig, dass eine allgemeine Regelung viel zu weitläufig wäre und nie alle möglichen Fälle erfassen könnte.

Im Folgenden wird versucht, eine allgemeine Uebersicht über die entstehenden Verhältnisse zu geben und insbesondere die finanziellen Beziehungen zwischen den Erben und dem Nutzniesser darzustellen.

I. Teil

Die erbrechtliche Nutzniessung am Handelsgeschäft

1. Kapitel

Der Begriff des Handelsgeschäftes

§ 1. Handel, Handelsgeschäft und Handelsvermögen

Weder in schweizerischen noch in ausländischen Kodifikationen finden wir eine Definition des Handelsgeschäftes¹. Der Gesetzgeber enthielt sich absichtlich einer genauern Umschreibung, da ihm der Begriff zu wenig einheitlich und zu veränderlich erschien. Ein geschäftliches Unternehmen kann in so verschiedenen Formen und Zusammensetzungen auftreten, dass eine genaue Definition nie alle möglichen Fälle umfassen würde. Auch dehnt sich der Begriff je länger je mehr aus, indem mit der fortschreitenden technischen Entwicklung neue Herstellungs-, Transport- und Umsatzarten geschaffen werden und damit neue Formen des Handelsgeschäftes entstehen². Ausgehend von der alten deutschen Definition des Handelsunternehmens als «Umsatzgeschäft von Natur- und Kunsterzeugnissen», ist der Begriff heute schon viel umfassender. Er schliesst nicht mehr nur die Grundhandelsbetriebe wie Warenumsatzgeschäfte in sich, sondern ebenso Handelsgewerbe, die sich mit der Warenherstellung oder -verarbeitung befassen. In noch weiterer Ausdehnung erstreckt sich der Begriff auch auf Unternehmen, die ihrem Gegenstand nach zwar nicht darunter fallen würden, die aber handelsgeschäftsmässig aufgebaut sind³. Diese Be-

¹ Die schweizerische Handelsregisterverordnung bestimmt in Art. 52 III den Begriff allerdings eingehender. Diese Umschreibung gilt ausdrücklich nur im Rahmen dieser VO.

² Nelson Seite 15.

³ Lehmann zu § 1 No. 11.

triebe werden wegen ihrer Registerpflichtigkeit zu den Handelsgeschäften gezählt⁴. In Anlehnung daran fällt überhaupt jedes eingetragene Unternehmen unter den Begriff⁵.

Alle Handelsgeschäfte weisen folgende gemeinsame Merkmale auf:

Es handelt sich

1. Um eine erlaubte Tätigkeit. Der Betrieb darf also weder widerrechtlichen noch unsittlichen Inhalt haben⁶.

2. Um eine selbständige Tätigkeit. Die Geschäftsführung soll in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erfolgen⁷. Es ist dagegen nicht erforderlich, dass diese Tätigkeit den Hauptberuf und die Hauptidealwerksquelle des Betriebsinhabers bildet.

3. Um eine planmässige Tätigkeit. Nicht erforderlich ist aber, dass der Betrieb des Unternehmens wirklich aufgenommen wurde. Die Vollendung aller Vorbereitungshandlungen kann genügen, um ein Handelsgeschäft entstehen zu lassen, auch wenn der Eigentümer gerade im Zeitpunkt der Gründung stirbt⁸.

4. Der Wille des Geschäftsinhabers muss sich auf eine kontinuierliche Betriebsführung richten. Deren effektive Dauer spielt aber keine Rolle. Ausnahmsweise kann so ein für nur kurze Zeit bestehendes Geschäft unter die Handelsgeschäfte fallen, wie ein während der Dauer einer Saison oder einer Ausstellung bestehender Restalurationsbetrieb, etc.⁹.

5. Die Handelstätigkeit soll eine gewisse Regelmässigkeit aufweisen. Diese äussert sich in der Wiederholung gleichartiger Grundgeschäfte¹⁰. Gelegentliche Ausübung von Einzelstätigkeiten¹¹ begründet kein Handelsgeschäft, auch wenn diese Art von Berufsausübung auf die Dauer gerichtet ist.

6. Mit dem Gewerbebetrieb muss die Schaffung einer dauernden Erwerbsquelle als Hauptzweck angestrebt werden. Die darauf hinzielende Absicht genügt dabei. Ob wirklich Einnahmen erzielt werden, ist un-

⁴ OR Art. 934 I.

⁵ Lehmann § 1 No. 11 nennt dies «künstliche Handelsgeschäfte», im Gegensatz zu den ersteren, den «natürlichen».

⁶ Auch wenn ein Diebsgewerbe alle übrigen Erfordernisse erfüllt, kann es trotzdem nicht zu den Handelsgeschäften gezählt werden.

⁷ Direktoren, Prokuristen, Angestellte sind nicht Gewerbetreibende. Lehmann zu § 1 No. 9.

⁸ Becker zu OR Art. 181.

⁹ Wieland HR I S. 92.

¹⁰ Wieland HR I S. 93.

¹¹ Z. B. Spekulieren, gelegentliches Botengehen. Lehmann zu § 1 No. 3a.

erheblich. Wenn die Erwerbsabsicht fehlt, liegt kein Handelsgeschäft vor. Unentgeltliche wohlthätige, politische oder wissenschaftliche Arbeit fällt also nie unter den Begriff des Handelsgeschäftes, ebenso nicht künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeiten. Eine Ausnahme dafür besteht, wenn diese gewerbmässig ausgeübt werden, wie dies beim Betrieb einer Klinik, eines Sanatoriums, einer Schule der Fall ist¹². Aehnlich liegt der Fall bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben: Diese können als Handelsgeschäfte betrieben werden, sofern die Produktion nicht nur dem eigenen Unterhalt dient¹³.

7. Der Gewerbebetrieb muss als solcher erkennbar und öffentlich sein. Diese Publizität kann durch öffentliche Ankündigung, Zirkulare, Anmeldung im Handelsregister, oder durch nach aussen erkennbare Eröffnung eines Geschäftslokales erfolgen.

8. Bei dieser Gewerbetätigkeit darf die Persönlichkeit des Handelstreibenden nicht allzustark in den Vordergrund treten. Wohl ist das Gedeihen jedes Unternehmens stark von der Tüchtigkeit und den Fähigkeiten des Inhabers abhängig. Diese sind aber nicht Merkmale des Handelsgeschäftes, wie dies beim Kleinhandwerk, bei wissenschaftlichen und künstlerischen Berufen der Fall ist.

Der Inhaber eines Handelsgeschäftes wird im allgemeinen Sprachgebrauch Kaufmann¹⁴ genannt. Er betreibt das Unternehmen immer in seinem Namen und im Normalfall auch auf seine Rechnung. Nicht unbedingt erforderlich ist, dass ihm das Eigentum an den Betriebsmitteln zusteht. Gerade im Falle einer Nutzniessung befinden sich Eigentum und Betriebsleitung in verschiedenen Händen¹⁵.

Die wichtigsten Handelsgeschäfte können wir in Anlehnung an das HGB¹⁶ und die HRegVO¹⁷ wie folgt zusammenfassen:

¹² Becker zu OR Art. 181 II. Lehmann zu § 1 No. 4, zu § 13 No. 1b.

¹³ Becker zu OR Art. 181 II.

¹⁴ Die Kaufmannseigenschaft bezieht sich nur auf das Unternehmen und ist an dessen Grenzen gebunden. Für seine Privatgeschäfte, wie z. B. für den Kauf eines Reitpferdes, ist er nicht Kaufmann. Diese Unterscheidung ist vor allem für das deutsche Recht bedeutungsvoll, da dort der Begriff des Kaufmanns in Spezialnormen genauer umschrieben ist. Im schweizerischen Recht spielt sie kaum eine Rolle. Mit wenigen Ausnahmen — OR Art. 215, 190, allgemeine Handelsusancen — ist der Kaufmann den selben Rechtsnormen unterstellt wie der Privatmann.

¹⁵ Wieland I S. 85.

¹⁶ § 1 Abs. 2.

¹⁷ Art. 53.

1. Formen des eigentlichen Warenhandels, wie Umsatz (Erwerb und Wiederveräußerung) von Waren, Grundstücken und Wertpapieren in veränderter¹⁸ oder unveränderter Gestalt.

2. Fabrikationsgeschäfte, d. h. Herstellung neuer oder veredelter Erzeugnisse aus Rohstoffen oder andern Waren mittels technischer Hilfsmittel.

3. Hilfsgeschäfte: Uebernahme von Warenverarbeitung für Dritte im Werk- oder Dienstvertrag. Das Unternehmen muss aber über den Umfang eines Handwerks hinausgehen¹⁹. Ferner fallen unter die Hilfsgeschäfte das Versicherungsunternehmen, Bankier- und Geldwechselgeschäfte, Transportgeschäfte, die Unternehmen von Kommissionären, Agenten, Mäklern, Spediteuren, Frachtführern, Lagerhaltern, Treuhändern und Sachverwaltern, weiter Buch- und Kunsthandlungen, Druckereien und Verlagsgeschäfte.

4. Andere Gewerbe mit gesetzlich nicht bestimmtem Inhalt, deren Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Gestaltung²⁰ erfordert. Hierunter fallen wie schon erwähnt Grosshandwerk und grossgewerbliche Produktion²¹.

Juristisch wird kein Unterschied zwischen diesen verschiedenen Formen des Handelsgeschäftes gemacht. Sie sind sich alle gleich gestellt, ob es nun Grundhandelsgeschäfte, Fabrikations- oder Hilfsunternehmen sind, oder ob sie nur ihrer Betriebsart nach zu den Handelsgeschäften gezählt werden.

Erzielung von Vermögensvermehrung ist der Hauptzweck des Handelsgeschäftes. Um diesen zu erreichen werden wirtschaftliche Kräfte eingesetzt, nämlich Kapital und Arbeit.

Die Arbeit leistet der Kaufmann entweder allein, mit Hilfspersonen oder durch Stellvertreter. Ob die aufgewendete Arbeit im einzelnen Fall von Erfolg gekrönt ist, hängt von zufälligen Umständen ab²². Gerade dieses Risiko ist aber begriffsnotwendig für ein Handelsgeschäft.

Das Wagnis bezieht sich aber nicht nur auf die aufgewendete Arbeit, sondern ebenso auf das eingesetzte Kapital. Dieses wird einer gewissen

¹⁸ Nach Be- oder Verarbeitung. Vergl. Wieland HR I S. 69.

¹⁹ Z. B. Zwirnerei, Wäscherei, Färberei. Im übrigen vgl. auch S. 15 Nr. 8.

²⁰ Kaufmännischer Betrieb, gesonderte Buchführung.

²¹ Beispiele vgl. bei His S. 120 ff.

²² Wieland S. 145.

Gefahr ausgesetzt²³, jedoch mit Aussicht und im Hinblick auf Vermögenszuwachs. Wieland²⁴ stützt seine Definition des Handelsgeschäftes geradezu auf diese beiden wirtschaftlichen Faktoren. Er bezeichnet als Handelsgeschäft «jedes mit Arbeits- oder Kapitalrisiko oder einer Verbindung beider verknüpfte Gewerbe».

Das eingesetzte Kapital wird zu einem Teil des Geschäftsvermögens, und dieses wiederum ist eine der Hauptvoraussetzungen zum Betrieb eines Handelsgeschäftes. Einige Autoren behaupten jedoch, das Handelsgeschäft bestehe gänzlich unabhängig vom Handelsvermögen. Als Begründung dafür führen sie an, dass das Handelsvermögen beim Geschäftsübergang ausgeschlossen werden könne. Ferner sei es möglich, dass trotz Verlust des Vermögens das Unternehmen weiterbetrieben werde²⁵.

Diese Meinung ist darauf zurückzuführen, dass diese Autoren unter «Vermögen» nur die «Güter, die in Zahlen ausgedrückt werden können»²⁶ verstehen, also nur die Aktiven und die Passiven, nicht aber die immateriellen Werte eines Unternehmens. Das Richtige trifft m. E. Jacusiel²⁷, der bemerkt, dass der Streit sich eigentlich nur auf das Wort «Handelsvermögen» beziehe, dass aber in der Sache selbst Einigkeit herrsche.

Nach allgemeiner heutiger Ansicht setzt sich das Handelsvermögen aus Aktiven, Passiven und gewissen immateriellen Gütern, den Chancen, zusammen²⁸. Alle diese Bestandteile zusammen bilden eine Einheit im sachenrechtlichen Sinn²⁹.

Unter seine Aktiven fallen die dem Betrieb des Handelsgeschäftes direkt³⁰ oder indirekt³¹ dienenden Gegenstände. Ferner die Geschäftsforderungen und die Persönlichkeitsrechte, die zum Betrieb eines Handels-

²³ Preissturz, Modeänderung, Absatzschwierigkeiten.

²⁴ Seite 150.

²⁵ Pinner S. 11, Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 2.

²⁶ Ladenburg S. 27 ff.

²⁷ Seite 14.

²⁸ Lehmann § 22 No. 4. I. Staub § 22 Anm. 4. Düringer-Hachenburg § 22 Anm. 3. Leemann Art. 766. III. 2. Wieland Art. 766. 7d.

²⁹ Leemann zu Art. 766. Ladenburg nennt es eine «universalité», Birkmeyer S. 416 «die Gesamtheit der Vermögensrechte und Pflichten einer Person». Gmür: eine organische, d. h. dem Betrieb des Handelsgeschäftes dienende, zusammengehörige Sachgesamtheit. Bühler: die Gesamtheit aller Vermögensrechte einer Person. Leemann weiter: eine Mehrheit von einzelnen, als Ganzes aufgefasster Dinge.

³⁰ Warenvorräte, Barmittel, Wertpapiere.

³¹ Geschäftsutensilien, -bücher, Gebäulichkeiten, Grundstücke, Lokale und obligatorische Rechte darauf.

geschäfte gehören, wie Patentrechte, Urheber- und Ehrenrechte, Recht auf Führung von Marken, Zeichen etc.

Als Passiven bezeichnen wir die betriebsbegründeten Verbindlichkeiten³². Nach allgemeiner heutiger Ansicht gehören sie mit zum Vermögen. Birkmeyer³³ schloss sie noch davon aus, indem er den Vermögensbegriff auf dem römischrechtlichen der «bona» aufbaute. Bona bedeute «etwas Beglückendes», oder «Machterweiterung», Schulden seien aber keines von beidem.

Seine Ansicht, dieser römische Vermögensbegriff habe auch für uns noch Geltung, wird aber von niemanden geteilt³⁴.

Ein weiterer Vermögensbestandteil sind die Immaterialgüter oder Chancen. Sie werden auch Rechtslagen und rechtlich geschützte Positionen genannt. Darunter wird vor allem die individuelle innere Gestaltung des Betriebes fallen, sowie die Beziehungen des Unternehmens zur Umwelt³⁵; also z. B. die Art der Betriebseinrichtung und die Arbeitsteilung, ferner die Geschäftsgeheimnisse, das Ansehen bei Kunden³⁶, Lieferanten, Konkurrenten, die Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen³⁷ etc. Heute wird auch ihre Zugehörigkeit zum Vermögen allgemein anerkannt. Binder bestritt diese noch, indem er auf den Vermögensbegriff des BGB als Summe von Rechten abstellte. Aber das HGB und die ganze moderne Theorie kennen diesen erweiterten Vermögensbegriff.

Ein erfolgreicher Geschäftsbetrieb ist nur mittels der Chancen möglich. Ihr Wert ist daher erheblich, obschon er kaum schätzbar und selten realisierbar ist.

In diesem weitesten Sinn, also Aktiven, Passiven und Chancen umfassend, deckt sich das Handelsvermögen im Ruhestadium mit dem Handelsgeschäft. Eine deutliche Scheidung der Begriffe ergibt sich erst bei einer Veräußerung oder allgemein bei einem Rechtsgeschäft über das Unternehmen.

³² Auch ausservertragliche, wenn sie nur ihre Grundlage im Geschäftsbetrieb haben.

³³ Seite 159 ff.

³⁴ Cf. Pernice S. 233. Treadwells Behauptung (S. 10), im Entscheid 22.810 bekenne sich das BGer ebenfalls zur Ansicht, dass die Schulden nicht Vermögensbestandteil seien, beruht auf einem Irrtum. Der Entscheid befasst sich überhaupt nur mit den Chancen, und stellt fest, dass diese Vermögensbestandteile seien. Von den Passiven ist weder im einen noch im andern Sinn überhaupt die Rede.

³⁵ Lehmann § 25 Anm. 2.

³⁶ Vinassa S. 25/26.

³⁷ Nelson S. 19.

Was im einzelnen Fall alles unter den Begriff des Geschäftsvermögens fällt, hängt immer von der speziellen Art und dem Umfang des betreffenden Unternehmens ab. Je nach der Natur des Betriebes treten die einzelnen Vermögensbestandteile mehr oder weniger in den Vordergrund.

§ 2. Rechtsgeschäfte über das Handelsgeschäft

Das Handelsgeschäft beruht in der ersten Zeit seines Bestehens zur Hauptsache auf der Person des Begründers. Er führt das Geschäft, die Firma lautet auf seinen Namen, er genießt das Ansehen³⁸. Mit der Zeit verschieben sich aber Renommé, Chancen und geschäftliche Beziehungen immer mehr vom Kaufmann auf das Geschäft. Trotz seines anfänglich persönlichen Charakters wird es so allmählich als Handelsobjekt geeignet.

Durch diese Möglichkeit der Uebertragung kann der Vermögenswert, der im Handelsgeschäft, in dieser Verbindung von Aktiven, Passiven und tatsächlichen Beziehungen liegt, erhalten bleiben. Diese Erhaltung des Betriebes ist auch der eigentliche Sinn und Zweck der Uebertragung. Der Nachfolger soll in die Lage gesetzt werden, das Geschäft in gleicher Weise weiter zu führen. Dazu müssen auf ihn mindestens die für den kontinuierlichen Geschäftsbetrieb absolut nötigen Objekte übertragen werden. Was darunter zu verstehen ist, hängt vom Einzelfall ab. Allgemein kann nur gesagt werden, dass als minimalstes Erfordernis die Chancen übergehen müssen³⁹. Von ihnen hängt der Wert des Unternehmens zum grossen Teil ab. Sie bilden dessen Hauptelement und die wichtigste Grundlage des Betriebes. Wir bezeichnen sie deshalb als «Handelsgeschäft im engen Sinn». Allein die Tatsache, dass als Vertragsobjekt ein Handelsgeschäft genannt wird, bedeutet ohne weiteres, dass die Chancen auf alle Fälle mitübergehen⁴⁰. Wo sie ausgeschlossen werden, kann nicht mehr von einem Handelsgeschäft, sondern nur von einer Anhäufung von Vermögensstücken gesprochen werden⁴¹. Ob noch weitere Vermögenstücke mitübertragen werden, hängt von der Abmachung zwischen den Parteien ab. Unbedingt erforderlich ist es nicht.

³⁸ Nelson S. 16.

³⁹ Düringer-Hachenburg zu Art. 22, Anm. 3, Niescher S. 9, Hauptmann S. 2.

⁴⁰ Planiol: S. 1145.

⁴¹ BGE 22.811.

Auch bei diesem engsten Vermögensbegriff, der nur die Chancen umfasst, ist noch eine Einschränkung möglich. Der Uebernehmer kann bestimmte geschäftliche Beziehungen nicht mitübernehmen, oder der Veräusserer kann sich solche vorbehalten. Man denke z. B. an den Fall, da der Erwerber neue Bezugs- oder Absatzquellen einführt⁴², oder da bei einem Exportgeschäft der Veräusserer sich die Kundschaft in Südamerika vorbehält, oder gewisse Fabrikgeheimnisse nicht herausgibt⁴³.

Diese Einschränkungen sind aber immer nur insoweit zulässig, als sie nicht den Kern des Betriebes betreffen und als nicht der Charakter des bisherigen Handelsgeschäftes dadurch beeinträchtigt wird⁴⁴. Es muss sich immer noch um eine wirkliche Geschäftsübergabe und nicht bloss um eine Geschäftsteilung handeln. Nach dieser Uebertragung ist dann auch der frühere Besitzer nicht mehr berechtigt, die Chancen selbst weiter zu nutzen, oder Geschäftsgeheimnisse an Dritte weiter zu geben. Diese sind, wie wenn es sich um körperliche Gegenstände handeln würde, in den Herrschaftsbereich des Uebernehmers gefallen. Der frühere Inhaber hat kein Verfügungsrecht mehr darüber.

Die Chancen sind nun zwar das wichtigste und theoretisch auch das einzige unbedingt erforderliche Element, damit von einem Handelsgeschäft überhaupt gesprochen werden kann. (Weitere Vermögensteile müssen wie bereits erwähnt, nicht unbedingt mit übergehen, können aber durch Parteivereinbarung in den Vertrag einbezogen werden.) Tatsächlich liegt der Fall aber so, dass eine Uebertragung des Betriebes gar nicht möglich ist, ohne dass ein grösserer Teil des Geschäftsvermögens mitübergeht. Ein Unternehmen ist wohl sehr stark von Kundschaft, Kredit, Ruf, kurz von den Chancen abhängig. Es wäre aber sehr lebensfremd zu behaupten, dass es nur auf Grund solcher tatsächlicher Beziehungen betrieben werde. Materielle Grundlagen⁴⁵ sind für die Fortsetzung des Betriebes meist ebenso wichtig. In der Regel können ohne sie die übernommenen Chancen gar nicht ausgenützt werden. Man denke z. B. an das Geschäft eines Detaillisten, das weitgehend von einem den Bedürfnissen der Kundschaft entsprechenden Warenlager abhängig ist, an einen Hotelbetrieb, der ohne ein Gebäude von bestimmtem Komfort und an bestimmter Lage nicht

⁴² Nelson S. 19.

⁴³ Pinner S. 14.

⁴⁴ Düringer-Hachenburg zu § 22, Anm. 3.

⁴⁵ Z. B. bauliche Anlagen, Warenlager, bestehende Arbeitsverträge, Patente, Marken etc.

denkbar ist⁴⁶, an eine chemische Fabrik, die auf Marken, Geschäftsgeheimnisse, Patente, angewiesen ist⁴⁷, an ein Bergwerk, dessen Betrieb ohne die Gruben unmöglich ist⁴⁸, etc.

Tatsächlich wird sich das Rechtsgeschäft also kaum je auf das Vermögen im engsten Sinn beschränken können. Wenn der Unternehmer in der Lage sein soll, den Betrieb in gleicher Weise weiter zu führen, müssen ihm auch die praktischen Möglichkeiten dazu geboten werden. Was nützt ihm die Kenntnis von Bezugsquellen, wenn er im Moment mangels eines Warenlagers nicht in der Lage ist, die Bedürfnisse seiner Kundschaft zu befriedigen? Was nützen ihm Fabrikgeheimnisse, wenn er mangels Maschinen keine Fabrikationsmöglichkeiten hat?

Vorkommen mag eine solche Beschränkung der Uebertragung auf das Vermögen im engsten Sinn höchstens etwa beim Geschäft eines Handelsmaklers oder Agenten. Doch ist diese Art Unternehmen derart von der Person des Inhabers abhängig, dass trotz Vorhandensein der besten Chancen ein Geschäftsübergang nicht unbedingt erfolgreich sein wird. Die Grundbedingungen dafür sind wohl da, indem der frühere Inhaber seinen Nachfolger empfiehlt und bei Kundschaft und Lieferanten einführt. Das Weitere hängt aber zum grossen Teil von den persönlichen Fähigkeiten des Unternehmers ab. Wir werden diese Art von Unternehmen daher am besten unter die Grenzfälle des Handelsgeschäftes reihen. Sie nähern sich in dieser Beziehung schon den wissenschaftlichen und künstlerischen Berufen, bei welchen es nur noch auf die individuellen Fähigkeiten und das persönliche Renommé ankommt⁴⁹.

Obschon die Chancen meistens nicht allen übertragen werden, ist die Feststellung, dass sie den Hauptbestandteil des Handelsvermögens bilden, äusserst wichtig. Wie bereits erwähnt, schliesst die blossе Tatsache, dass als Gegenstand des Rechtsgeschäftes ein Handelsunternehmen genannt wird, in sich, dass die Chancen auf alle Fälle mitübergehen⁵⁰. Daraus folgt, dass, wenn ein Rechtsgeschäft über ein Handelsunternehmen abgeschlossen wird, der Uebernehmer auf alle Fälle Anspruch auf diese Chan-

⁴⁶ Kellerhals S. 270.

⁴⁷ Kellerhals S. 270.

⁴⁸ Pinner S. 15.

⁴⁹ Planiol S. 1146.

⁵⁰ BGE 22.811: «Par le seul fait, que les parties déclarent, que l'objet de la vente était un commerce, l'achalandage et la clientèle y étaient compris, sans qu'il fut besoin d'aucune mention expresse.»

Vergl. auch Valéry S. 273.

cen hat⁵¹ und falls der Veräusserer diese nicht überträgt⁵², das Rechtsgeschäft für den Uebernehmer unverbindlich ist.

Frei steht es den Parteien dagegen, den Umfang des übrigen zu übertragenden Geschäftsvermögens zu bestimmen. Je nach Art und Grösse des Betriebes wird er enger oder weiter sein und kann sich bis auf das gesamte Handelsvermögen im weitesten Sinn, also auf alle Aktiven und Passiven, ausdehnen⁵³.

Nach fast einheitlicher Auffassung soll im Zweifelsfall bei der Uebertragung das Vermögen in diesem weitesten Sinn aufgefasst werden⁵⁴. Kellerhals⁵⁵ gelangt aus praktischen Erwägungen zu dieser Ansicht: Der Uebernehmer kann so den Betrieb in gleicher Weise aufrecht erhalten, die Lieferungs-, Anstellungs-⁵⁶ und Dienstverträge können übernommen werden, und die Liquidation des Geschäftsvermögens wird erspart. Jacusiel⁵⁷ begründet die gleiche Meinung wie folgt: Auch die unwesentlichen Bestandteile gehören begrifflich zum Gegenstand. Sie werden von Rechtsgeschäften über denselben mitbetroffen, wenn sie nicht durch Parteiwillen ausgenommen sind. Im Zweifel wird also immer das gesamte Geschäftsvermögen von einer Verfügungshandlung betroffen und nicht nur dessen Kern.

⁵¹ Anders Bühler S. 58: Der Anspruch auf Kundschaft besteht nur, wenn im Vertrag eine Konkurrenzklausel enthalten ist.

⁵² Sei es, dass er sie sich selbst vorbehält und ein neues Geschäft damit eröffnet, sei es, dass sie gar nicht vorhanden sind.

⁵³ OR Art. 181.

⁵⁴ Anders Lehmann, Lehrbuch S. 80.

⁵⁵ S. 271.

⁵⁶ Für das Florieren einer Fabrik ist äusserst wichtig, dass die eingearbeiteten Arbeiter, die mit den Maschinen vertraut sind, dabei bleiben. Vgl. Bühler S. 10.

⁵⁷ S. 18.

2. Kapitel

Die Nutzniessung am Handelsgeschäft

§ 3. Der Begriff

Das ausgedehnteste Recht, das einer Person an einer Sache zustehen kann, ist das Eigentum. Es ist dies ein «alle denkbaren Befugnisse umspannendes Vollrecht»¹, das die Berechtigung zu Gebrauch, Genuss und Verfügung in sich schliesst. Innert den Grenzen des Gesetzes kann der Eigentümer die Sache mit allen ihren Bestandteilen und Zugehören² bestimmungsgemäss gebrauchen. Er kann jeglichen Nutzen aus ihr ziehen, sie zerstören, sie vollkommen aufzehren, oder sein Herrschaftsrecht ganz oder zum Teil einem andern übergeben. Ausser durch seine eigene Verfügungshandlung können die einzelnen Rechte auch durch Gesetzesvorschrift in andere Hände übergehen. Ein Fall davon ist z. B. die erbrechtliche Nutzniessung³. Die Rechte auf Besitz, Gebrauch und Nutzung sind hier vom Eigentumsrecht abgesondert. Sie stehen dem Nutzniesser zu, mit dem Zweck, ihm wirtschaftliche Vorteile zu sichern⁴.

Dieses Nutzniessungsrecht ist die dingliche Berechtigung, einen Gegenstand in seiner Gesamtheit zu nutzen und zu gebrauchen, ohne Verfügung über dessen Substanz, die dem Eigentümer verbleibt. Unter den beschränkt dinglichen Rechten gewährt die Nutzniessung das weiteste Herrschaftsrecht. Ihre einzige Einschränkung ist die Pflicht zur Substanzerhaltung. Daraus resultiert eigentlich ihre Nichtanwendbarkeit auf verbrauchbare Sachen. Schon die Römer und seither alle Gesetze bejahten diese aber aus Zweckmässigkeitsgründen⁵ und statuierten einfach die Pflicht zur Ersatzleistung. Im Laufe der Zeit wurde ihre Anwendbarkeit noch weiter ausgedehnt und zwar auf unkörperliche Objekte, wie Rechte⁶.

¹ Rvergl. Hwb. Sohm S. 282: ein unbeschränktes Herrschaftsrecht.

² Art. 642, 645.

³ Art. 460, 462, 745 ff.

⁴ Karnbach S. 12.

⁵ Sog. Quasiusufrukt.

⁶ Art. 745.

Wie das Sachenrecht überhaupt, so kann auch die Nutzniessung als dingliche Berechtigung nur an einzelnen Gegenständen und nicht an Sachgesamtheiten bestehen⁷. Wenn das ZGB in Art. 745 und 766 dennoch von Vermögensnutzniessung spricht, so bedeutet dieser Begriff hier nur eine Abkürzung, eine Zusammenfassung der Summe der verschiedenen Nutzniessungsrechte⁸. Das Vermögen bildet keine derartig geschlossene Einheit, kein solches objektives Ganzes⁹, dass an ihm als Gesamtheit ein dingliches Recht bestellt werden könnte. Die Nutzniessung muss an jedem einzelnen Objekt gesondert errichtet werden. Je nach Beschaffenheit der Sache sind die Regeln über den Sach-, Rechts- Grundstücks- oder Fahrnisniessbrauch, über die Nutzniessung an verbrauchbaren oder unverbrauchbaren Objekten darauf anzuwenden¹⁰.

Gierke^{10a} findet, diese gesetzliche Konstruktion stehe im Widerspruch zu den in Wahrheit gewollten und den Lebenserfahrungen entsprechenden Verhältnissen, die auf eine Nutzniessung am Vermögen als Ganzes abzielen. Der Vermögensbegriff ist aber tatsächlich zu komplex, als dass wir Gierke, der übrigens mit seiner Ansicht allein dasteht, beipflichten können.

Wie stellt sich nun die Nutzniessung an einem Handelsgeschäft im besondern dar?

Das Gesetz enthält darüber keine Vorschriften. Die einzelnen Handelsunternehmen sind allzu verschiedenartig, um von einer einheitlichen gesetzlichen Norm erfasst zu werden. Es ist daher vorzuziehen, dass die Parteien die Sachlage unter sich regeln und so den konkreten Umständen Rechnung tragen¹¹.

Wie bereits erwähnt, stellen sich die Rechtsgeschäfte über das Handelsunternehmen als solche über das Handelsvermögen oder einen Teil desselben dar. Auch die Nutzniessung am Handelsgeschäft bezieht sich in erster Linie auf das Handelsvermögen. Prinzipiell können nur Aktivvermögen und nur körperliche Gegenstände Objekte der Nutzniessung sein. Wie schon oben angedeutet wurde, ist die Anwendbarkeit der Nutzniessung aber auf unkörperliche Sachen, wie Rechte, ausgedehnt worden.

⁷ Liebermann S. 70.

⁸ Rvergl. Hwb.

⁹ Leemann zu 766.

¹⁰ Leemann zu Art. 766, ferner vergl. ZGB Art. 764.

^{10a} S. 696/697.

¹¹ Rossel-Mentha No. 1415.

An den Chancen dagegen ist eine Bestellung der Nutzniessung in gesetzlicher Form undenkbar. Dennoch gehen sie auf den Nutzniesser über: Der Uebergeber des Handelsgeschäftes muss nämlich dafür sorgen, dass der Nutzniesser das Unternehmen möglichst kontinuierlich fortführen kann. Ohne Uebertragung der Bezugs- und Absatzquellen und des guten Rufes ist dies unmöglich. Bei der gesetzlichen, erbrechtlichen Nutzniessung fällt allerdings die Einführung in den Geschäftsbetrieb durch den früheren Inhaber weg, da dieser verstorben ist. Die Chancen werden dem Nutzniesser einzig durch die Geschäftsbücher, die bestehenden Marken und Zeichen und durch das Unternehmen an sich übermittelt ¹².

An den Geschäftsschulden ist eine Nutzniessung begrifflich unmöglich. Es ist Sinn und Zweck der Nutzniessung, dem Berechtigten die Nutzung einzuräumen, d. h. ihm positive Erträge zukommen zu lassen. Schulden dagegen werfen keine Gewinne ab, sondern erzeugen nur ihrerseits wieder Schulden. Laut Gesetz ¹³ kann der Nutzniesser vor der Uebergabe die Tilgung aller Schulden verlangen. Dies ist sehr wohl möglich bei kleineren Vermögenskomplexen, jedoch nicht wie Kellerhals ¹⁴ bemerkt, bei einer so komplizierten Vermögensmasse, wie einem Handelsgeschäft. Hier gehören die Schulden unbedingt mit zum Unternehmen und ihre radikale Tilgung wäre sinnlos, meistens sogar unmöglich.

Verpflichtet ist der Nutzniesser nicht, die bestehenden Schulden mitzübernehmen. Aus praktischen Gründen wird er es meistens tun. Es findet dann eine sog. «Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven statt» ¹⁵. Dabei haftet der Eigentümer noch zwei Jahre lang neben dem Nutzniesser weiter. Wo keine solche Schuldübernahme stattfand, bleibt im Verhältnis zu den Gläubigern für schon bestehende Schulden weiterhin der Eigentümer haftbar ¹⁶. Der Grundgedanke dieser Regelung ist, dass kein Schuldner durch die Bestellung einer Nutzniessung den Gläubigern sein Vermögen, also seine Kreditbasis soll entziehen können.

Beim Tode des Inhabers fällt das Handelsgeschäft in dem Umfang in den Nachlass, den es zur Zeit des Erbfalles aufwies. Es ist also in seinem

¹² Wieland HR I S. 270. Nelson S. 24.

¹³ Art. 766.

¹⁴ S. 321.

¹⁵ OR Art. 181.

¹⁶ Der Nutzniesser muss für die Schuldzinsen aufkommen, denn er hat ja lediglich Anspruch auf den Reinertrag des Geschäfts. Auch gehen ihm die Gläubiger des Eigentümers vor und können im Notfalle die Liquidation verlangen. Art. 561, 564.

weitesten Sinn aufzufassen. In welchem Umfange es auf den Nutzniesser übergeht, hängt von der Gestaltung der tatsächlichen Beziehungen zwischen Erben und Nutzniesser ab.

Es ergeben sich dabei folgende Möglichkeiten:

1. Durch Gesetzesauslegung¹⁷ gelangen wir zu folgender Lösung:

Der Nutzniesser verwaltet das Unternehmen, das jedoch unter der Verfügungsmacht des Eigentümers verbleibt. Je nach den Objekten entsteht die dafür passende Nutzniessungsart. Wir haben es mit der gewöhnlichen sachenrechtlichen Nutzniessung zu tun.

Die Verwaltung und Führung eines Handelsunternehmens verlangt allerdings eine erweiterte Befugnis des Berechtigten zur Einwirkung auf die verschiedenen Bestandteile des Geschäftes, als dies bei der Nutzniessung an Einzelgegenständen der Fall ist. Diese Einwirkung soll aber auf keinen Fall so weit ausgedehnt werden, dass es sich um eine richtige Geschäftsübernahme handelt¹⁸. Auch findet kein Uebergang der bestehenden Geschäftsschulden auf den Nutzniesser statt. Dieser leistet nur die Kapitalzinsen. Kellerhals¹⁹ sieht die Lösung als gegeben, wenn keine Partieabmachungen getroffen worden sind.

2. K. Wieland²⁰ kommt durch extensive Interpretation von Art. 775 I²¹ zum Schluss, dass mangels Vereinbarung der Nutzniesser die Abtretung des Geschäftes mit sämtlichen Aktiven und Passiven gegen Sicherstellung²² verlangen kann. Seine Ansicht basiert auf der Entstehungsgeschichte dieses Artikels. Er führt an, dass die Gründe, die diesen hervorgerufen haben — Vermeidung von Kollisionen zwischen Eigentümer und Nutzniesser und Schutz der Gläubiger — noch in erhöhtem Masse bei der Nutzniessung am Handelsgeschäft zutreffen. Die einzige Beschränkung, die dem Nutzniesser in diesem Falle auferlegt ist, ist die Pflicht zur sorgfältigen Betriebsführung. Sonst hat er die Stellung eines Erwerbers unter Lebenden.

¹⁷ Von Art. 755, II. Dieser lautet: «Er (der Nutzniesser) besorgt deren Verwaltung».

¹⁸ OR Art. 181.

¹⁹ S. 287.

²⁰ Zu Art. 766 7d, dd.

²¹ Art. 775 I: «Der Nutzniesser hat das Recht, binnen drei Monaten nach Beginn der Nutzniessung die Abtretung der seiner Nutzniessung unterstellten Forderungen und Wertpapiere zu verlangen».

²² Vergl. auch Sten. Bull. 1907/11, S. 338. Ferner Wieland zu Art. 773/4.

3. Eine weitere Möglichkeit ist die, dass der Nutzniesser das Geschäft im Namen und auf Rechnung des Eigentümers weiter führt. Dieser wird allein berechtigt und verpflichtet. Der Nutzniesser dagegen steht nur als Beauftragter des Eigentümers da, hat allerdings Anspruch auf den Reinertrag. Tatsächlich ist diese Lösung aber selten, obwohl Dernburg²³ sie als Regelfall ansieht.

4. Wo der Nutzniesser zur Geschäftsführung ungeeignet ist, kann der Eigentümer diese übernehmen und dem Nutzniesser entweder den Reinertrag des Unternehmens übergeben²⁴, ihn durch eine Rente ablösen²⁵, oder den Betrieb vom Nutzniesser pachten. Die letzten beiden Lösungen werden die praktisch häufigeren sein²⁶.

5. Wo weder Nutzniesser noch Eigentümer zur Geschäftsführung geeignet sind, soll die Liquidation oder die Veräußerung des Betriebes stattfinden. Eine Verpachtung an Drittpersonen wird meistens die Verhältnisse unnötig komplizieren.

§ 4. Die Entstehung der Nutzniessung

A) Die rechtsgeschäftliche Nutzniessung

Die rechtsgeschäftliche Nutzniessung kann als dingliche Berechtigung nicht *uno actu* am gesamten Vermögen bestellt werden²⁷, sondern muss an jedem einzelnen Objekt nach den für die betreffende Nutzniessungsart vorgeschriebenen Formen errichtet werden²⁸.

Eine solche rechtsgeschäftliche Nutzniessung finden wir insbesondere im Falle des sehr häufigen Nutzniessungsvermächtnisses²⁹. Der Vermächtnisnehmer hat Anspruch auf die Uebertragung der Nutzniessung durch die Erben³⁰, sei es durch Grundbucheintrag für Grundstücke, durch Zession für Forderungen, durch Tradition von Mobilien. Erst nach diesem Akt entsteht die dingliche Wirkung seines Rechts.

²³ Lehrbuch I S. 710.

²⁴ Gierke S. 698, Anm. 89.

²⁵ Art. 463.

²⁶ Kellerhals S. 287.

²⁷ Vergl. S. 22

²⁸ Art. 746, 656/61, 714.

²⁹ Art. 474.

³⁰ Art. 563.

B) Die gesetzliche Nutzniessung

Die gesetzliche Nutzniessung entsteht unmittelbar kraft Gesetzes ohne dass irgend ein Bestellungsakt notwendig wäre ³¹. Es ist also weder Besitzesübertragung noch Forderungszession, noch Grundbucheintrag erforderlich. Letztern kann der Nutzniesser von sich aus erwirken. Normalerweise wird er dies tun. Sonst erhält ein gutgläubiger Dritterwerber des Nutzniessungsobjektes daran Eigentum, während der Nutzniesser den entstandenen Schaden zu tragen hat.

Die wichtigsten Anwendungsfälle der gesetzlichen Nutzniessung sind:

a) die erbrechtliche.

Diese tritt in zwei Formen auf:

1. Nutzniessung der Urgrosseltern und der Geschwister der Grosseltern ³².

2. Nutzniessung des überlebenden Ehegatten ³³.

Der erste Fall ist äusserst rar. In dieser Arbeit soll vor allem die Nutzniessung des überlebenden Ehegatten behandelt werden. Diese kann durch gesetzliche Erbfolge eintreten, oder ihren Entstehungsgrund in einem Vermächtnis haben. Die rechtliche Beurteilung ist in beiden Fällen dieselbe, indem die gesetzliche erbrechtliche Nutzniessung den für das Vermächtnis aufgestellten Regeln unterworfen ist ³⁴. Ein Unterschied zwischen den beiden besteht nur hinsichtlich der bereits erwähnten Entstehung des Rechts.

Wenn also im Folgenden von Nutzniessung gesprochen wird, so soll sowohl die eine wie auch die andere Art darunter verstanden werden.

b) Gesetzliche Nutzniessung entsteht ferner an Ersatzgegenständen für veräusserte, untergegangene oder enteignete Nutzniessungsobjekte ³⁵, sowie an der Leistung des Schuldners, durch die er eine gegen ihn bestehende Forderung tilgt ³⁶. Wenn diese aber in Geld oder andern verbrauchbaren Objekten erfolgt, erwirbt der Nutzniesser Eigentum daran, unter der Verpflichtung zu Ersatzleistung bei Beendigung des Nutzniessungsverhältnisses. Für die übrigen Mobilien ist die gesetzliche Entstehung der Nutz-

³¹ Art. 561 III, 656 II.

³² Art. 460 II, III.

³³ Art. 462.

³⁴ Art. 561 I.

³⁵ Art. 750 III.

³⁶ Art. 774 II.

niessung allgemein anerkannt³⁷. Im Falle von Grundstücken als Ersatzgegenstände teilen sich die Ansichten. Einige Autoren³⁸ subsumieren auch diesen Tatbestand unter Art. 750 III, resp. Art. 774 II, lassen also auch an Grundstücken eine Nutzniessung unabhängig vom Grundbucheintrag entstehen. Andere³⁹ sind dagegen der Ansicht, dass mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung keine Ausnahmen von dem für die Grundstücke aufgestellten Eintragungsprinzip angenommen werden dürfen.

Dass die gesetzliche Nutzniessung sich auch auf Bestandteile des Nutzniessungsobjektes bezieht, braucht kaum besonders erwähnt zu werden⁴⁰. Ebenso ist die Nutzniessung an Zugehör, die nicht ausdrücklich durch Vertrag von der Nutzniessung ausgenommen wurde⁴¹, eine Selbstverständlichkeit, wie auch diejenige an Akzessorien, wie Grunddienstbarkeiten, Grundlasten und Nebenrechten.

§ 5. Das Wesen der Nutzniessung

Die Nutzniessung ist ein persönliches, zeitlich begrenztes⁴², beschränkt dingliches Recht an fremder Sache.

Als beschränktes Sachenrecht erteilt sie nur ein bestimmtes Stück Herrschaft über das Objekt. Andere solche Teilherrschaftsrechte sind die Grunddienstbarkeiten, die Grundlasten, die übrigen Dienstbarkeiten und das Fahrnispfand. Von allen diesen gewährt die Nutzniessung das ausgedehnteste Gebrauchs- und Nutzungsrecht. Ohne des Eigentums zu bedürfen, gewährt sie das Recht, eine fremde Sache unter Schonung der Substanz ohne alle Einschränkungen zu geniessen. Sie erschöpft so in der Regel den wirtschaftlichen Wert der Sache. Dem Eigentümer verbleibt nur die rechtliche Verfügungsmacht darüber⁴³.

Aus der Dinglichkeit des Rechtes folgt, dass der Nutzniesser dieses gegenüber jedermann geltend machen kann, und dass für Dritte die Pflicht

³⁷ Leemann zu Art. 774 No. 4, Wieland zu Art. 773/74 No. 7b.

³⁸ Kellerhals S. 280, Leemann zu Art. 774, No. 4, Planck zu § 1075, Gierke S. 693, Anm. 70.

³⁹ Wieland zu Art. 773/74 No. 7c. Dernburg Sachenrecht S. 533, Endemann S. 659, Anm. 12.

⁴⁰ Art. 642.

⁴¹ Art. 644 I.

⁴² De Rham S. 8.

⁴³ Gmür zu Art. 745.

besteht, dieses nicht zu verletzen⁴⁴. Die dem Eigentümer zustehenden dinglichen Rechte wirken zugunsten des Nutzniessers⁴⁵. Die Vorschriften über Inhalt und Beschränkung des Eigentums finden auf ihn Anwendung. Der Nutzniesser hat das Recht, die Sache von jedermann, der sie ihm vor-enthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren⁴⁶. Er muss sein Recht aber unter Schonung des Nachbarrechts ausüben⁴⁷.

Als persönliche Dienstbarkeit ist die Nutzniessung untrennbar mit ihrem individuellen Rechtsträger verbunden. Sie ist unvererblich und unveräusserlich, wie schon im römischen Recht.

Als zeitlich begrenztes Recht endet sie bei natürlichen Personen spätestens mit deren Tod, bei juristischen mit deren Auflösung. Wenn letztere dauernden Bestand haben, erlischt die Nutzniessung ex lege nach hundert Jahren⁴⁸. Sie kann nach Ablauf dieser Frist für weitere hundert Jahre neu bestellt werden.

Das Nutzniessungsrecht kann wohl an sich nicht weiter übertragen werden. Die eigentliche Nutzung kann aber vom Nutzniesser durch Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich auf einen Dritten übergehen⁴⁹. Als Ausfluss seiner Sorgfaltspflicht haftet der Nutzniesser dem Eigentümer gegenüber allerdings dafür, dass er sie nur an einen dazu Befähigten überträgt. Dieser ist dann berechtigt, das Objekt in gleicher Weise zu gebrauchen, wie der Nutzniesser selbst.

§ 6. Arten der Nutzniessung

Die einzelnen Objekte, aus denen sich ein Vermögen zusammensetzt, sind so verschieden geartet, dass sie nicht alle einer einheitlichen Nutzniessungsart unterstellt werden können. Es gibt Sachen, die durch die Nutzung weder Schaden leiden noch untergehen⁵⁰, und solche, deren Nutzung die Substanz angreift und aufzehrt⁵¹. Nach alter Theorie wurden

⁴⁴ Absolute Wirkung des Rechts.

⁴⁵ Wieland zu Art. 745 No. 6.

⁴⁶ Art. 641 II.

⁴⁷ Art. 684.

⁴⁸ Art. 749.

⁴⁹ BGE 43 III 179, BGE 39 I 502, Art. 758 I. Wieland HR I. S. 269, erwähnt als Beispiel der Verpachtung des ganzen oder eines Teils eines Betriebes ein Zeitungsunternehmen, das den Inseraten- oder den Annoncenbetrieb verpachtet.

⁵⁰ Sogen. unverbrauchbare Sachen.

⁵¹ Sogen. verbrauchbare Sachen, vergl. Tuor ZGB S. 555.

die Objekte daher zwingend in zwei Gruppen eingeteilt: an verbrauchbaren Sachen kam uneigentlicher, an unverbrauchbaren eigentlicher Niessbrauch zur Anwendung. Heute steht es den Parteien frei, für die einzelnen Objekte die ihnen beliebige Nutzniessungsart zu wählen, denn die Bestimmung von Art. 772 ist nicht zwingender Natur ⁵².

Dennoch wird es selten vorkommen, dass an verbrauchbaren Sachen eigentlicher, und an unverbrauchbaren Objekten uneigentlicher Niessbrauch vereinbart wird. Die gesetzliche Regelung von Art. 772 wird doch meistens die zweckmässigste sein.

Die gesetzlichen Nutzniessungsregeln gelten vor allem für den eigentlichen Usufrukt, während die uneigentliche Nutzniessung und der aus Zweckmässigkeitsgründen geschaffene Dispositionsniessbrauch ⁵³ eher vernachlässigt wurden.

A) Die eigentliche Nutzniessung (auch Sachniessbrauch genannt)

Sie ist die eigentliche gesetzliche Form der Nutzniessung, und die Vorschriften des ZGB finden voll auf sie Anwendung. An den Nutzniesser gehen alle diejenigen Befugnisse über, die zur Ausübung seiner Berechtigung erforderlich sind, also Besitz, Gebrauch und Nutzung. Das Verfügungsrecht über die Sache verbleibt dem Eigentümer. Bei der Nutzniessung an einem Handelsgeschäft wird dem Berechtigten allerdings im Hinblick auf die reibungslose Abwicklung des Betriebs dennoch eine gewisse Verfügungsbefugnis eingeräumt werden müssen. Der Nutzniesser soll z. B. in der Lage sein, den Betrieb den modernen Bedürfnissen anzupassen ⁵⁴. Seine Verfügungsmacht darf sich aber keinesfalls soweit ausdehnen, dass er über die Bestimmung des Ganzen entscheiden kann. Er muss dieses vielmehr in seinem bisherigen Zustand erhalten. Daraus entspringt auch seine Reparaturpflicht ⁵⁵.

Der Natur der Sache gemäss eignet sich diese Nutzniessungsart am besten für unverbrauchbare bewegliche und unbewegliche Sachen, also z. B. für Immobilien, Fabrik- und Ladenräume, ferner für Patent- und Urheberrechte. Alle diese gewähren eine Nutzung bei der der Stammwert

⁵² Wieland zu Art. 772 No. 2e.

⁵³ Cf. S. 43.

⁵⁴ Es findet also eine Annäherung an den Dispositionsniessbrauch statt.

⁵⁵ Art. 764.

intakt bleibt. Aus demselben Grund wird diese Nutzniessungsart auch bei verzinslichen Forderungen, bei Wasser- und Quellenrechten, bei Konkurrenzverboten etc. zur Anwendung kommen. Ferner auch bei Rechten aus den wichtigsten Verträgen, wie Mietverträgen und Verträgen mit höherem Personal⁵⁶.

Ueber die Frage, wo und wann der Nutzniesser zur Sicherheitsleistung angehalten werden könne, sind die Ansichten geteilt. Das Problem dreht sich kurz gesagt darum, ob Art. 464 eine *lex specialis* zu Art. 760 sei, oder nur eine Ergänzung dazu. In der Entstehungsgeschichte⁵⁷ dieses Artikels finden sich keine Anhaltspunkte. Demzufolge muss nur nach dem Gesetzestext ausgelegt werden⁵⁸. Nicht ausser Acht darf dabei der Art. 761 II gelassen werden. Wieland⁵⁹ und Leemann⁶⁰ behaupten allerdings, dieser Artikel beziehe sich nur auf die familienrechtliche Nutzniessung, eine Meinung, die mangels Begründung nicht geteilt werden kann. Die heutige Rechtsprechung⁶¹ bekennt sich dagegen zu folgender Ansicht: Art. 761 II verweist für den Anspruch auf Sicherstellung bei der gesetzlichen Nutzniessung auf die besondere Ordnung des Rechtsverhältnisses. Da es sich bei der erbrechtlichen Nutzniessung des überlebenden Ehegatten um einen Fall dieser gesetzlichen Nutzniessung handelt, kommen folglich die Vorschriften des Art. 464 zur Anwendung, wonach eine Sicherheitsleistung nur im Falle der Gefährdung und bei Wiederverheiratung verlangt werden kann.

Ob die blosse Tatsache, dass verbrauchbare Sachen oder Wertpapiere den Gegenstand der Nutzniessung bilden, eine Sicherstellungspflicht begründen kann, ist streitig. Obschon Art. 760 II und III eine solche Verpflichtung des überlebenden Ehegatten nicht begründen kann, ist Kellerhals⁶² doch der Ansicht, dass bei Wertpapieren in jedem Fall eine Sicherheitsleistungspflicht angenommen werden muss, da diese immer eine gewisse Gefährdung böten. Einige neuere Entscheide⁶³ sind anderer Ansicht: Eine Sicherstellungspflicht liege nur dann vor, wenn der Nutzniesser die Gefährdung durch sein eigenes Verhalten veranlasst habe. Das

⁵⁶ Kellerhals S. 277.

⁵⁷ Sten. Bull. 1905 S. 1322.

⁵⁸ BIZR 35 No. 125.

⁵⁹ Zu Art. 761.

⁶⁰ Zu Art. 761 No. 2, gleicher Meinung de Rham S. 43.

⁶¹ BIZR 35 No. 125. Weiss No. 1731.

⁶² S. 333, Gleicher Ansicht: Weiss No. 1732.

⁶³ BIZR 35 No. 125. Weiss No. 1733.

Vorhandensein eines bloss objektiven Gefahrenmomentes genüge bei der erbrechtlichen Nutzniessung nicht. Dass dies auch die Ansicht des Gesetzgebers sei, gehe deutlich aus der unterschiedlichen Formulierung von Art. 464 und Art. 760 hervor.

B) Die uneigentliche Nutzniessung (auch Eigentumsniessbrauch oder Quasiusufrukt genannt)

Verbrauchbare Objekte werden durch Nutzung und Gebrauch entweder vollständig aufgezehrt, oder büssen doch nach einer gewissen Zeit derart an Wert ein⁶⁴, dass ihre Naturalrückerstattung dem Eigentümer Schaden bringen würde. Eine eigentliche Nutzniessung daran ist in Folge dessen nicht gut möglich. Aus praktischen Gründen wurde daher ein Institut geschaffen, das eine nutzniessungsähnliche Beziehung auch zu diesen Objekten zulässt, unter Berücksichtigung ihrer speziellen Natur.

Das volle Eigentum an der Sache geht auf den Nutzniesser über, unter Verpflichtung zu Wertersatz bei Beendigung des Rechtsverhältnisses. Nach OR ist dieser Ersatz immer in Geld zu leisten. Seine Höhe bestimmt sich nach dem Wert, den das Objekt zur Zeit der Entstehung der Nutzniessung aufwies⁶⁵.

Mit der eigentlichen Nutzniessung hat dieses Institut eigentlich nur noch den wirtschaftlichen Zweck gemeinsam. Liebermann⁶⁶ wirft deshalb mit Recht die Frage auf, ob diese Art der Nutzniessung überhaupt noch als dingliches Recht angesehen werden könne; ob ihre Stellung im Sachenrecht zu billigen sei, oder ob wir es nicht viel eher mit einem obligatorischen Rechtsverhältnis zu tun haben. Bei seiner Untersuchung kommt er zu einer vermittelnden Lösung: Er fasst den Quasiusufrukt als Rechtsinstitut sui generis auf, das Entstehungs- und Beendigungsgründe dem Sachenrecht, die Wirkungen dagegen dem Obligationenrecht entnimmt. Indem er dessen Stellung im Sachenrecht als Zweckmässigkeitlösung charakterisiert, dürfte er wohl das Richtige getroffen haben.

Als Gegenstände, die dieser Nutzniessungsart unterliegen, kommen vor allem Objekte in Betracht, die durch die Ausübung der Nutzung untergehen, ferner in Ausdehnung des Begriffes «verbrauchbar» auch Waren,

⁶⁴ Blosser Abnutzung durch Gebrauch, wie dies bei Kleidern, Möbeln etc. vorkommt, fällt nicht hierunter.

⁶⁵ Liebermann S. 49.

⁶⁶ S. 49.

die rasch veralten oder Forderungen die verjährbar sind, so dass der Nutzniesser ein Verfügungsrecht darüber haben muss, um sie rasch umsetzen oder verwerten zu können. Hierunter fallen insbesondere Esswaren, Modeartikel, Kolonialwaren, Rohstoffe, ferner unverzinsliche Forderungen, damit der Nutzniesser diese eintreiben kann, bevor sie verjähren. Es kommen nicht nur Bargeldforderungen⁶⁷ in Betracht, sondern besonders auch Forderungen aus Werk- oder Dienstvertrag und solche auf Warenlieferung.

Eine Reparaturpflicht besteht für den Nutzniesser nicht. Er hat die Objekte ja nicht in natura zurückzuerstatten, sondern ist nur zu Wertersatz verpflichtet. Der Ersatz bestimmt sich nach demjenigen Wert, den die Sache zur Zeit der Entstehung der Berechtigung hatte⁶⁸.

Eine Sicherstellungspflicht des Nutzniessers rechtfertigt sich auch hier erst bei Vorliegen einer Gefährdung, denn dem Risiko des Eigentümers wird durch die Ersatzpflicht bei Beendigung des Rechtsverhältnisses Genüge getan.

Einer laufenden Ersatzpflicht für untergegangene Objekte unterliegt der Nutzniesser nur im Rahmen seiner Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung. Er soll alles tun, um ein gleichmässiges Weiterfunktionieren des Handelsgeschäftes zu sichern. Er ist also z. B. angehalten, Warenlager dauernd zu ergänzen, um den Bedürfnissen der Kundschaft laufend genügen zu können.

C) Dispositionsniessbrauch

(oder Nutzniessung an geschätzten Sachen. Art. 772 II)

Den praktischen Bedürfnissen entsprechend wurde ein Rechtsinstitut geschaffen, das die Befugnisse des Berechtigten über Gebrauch und Nutzung hinaus ausdehnt und ihm ein Verfügungsrecht über die Einzelsache verschafft⁶⁹.

Bei der tatsächlich grossen Bedeutung, die dieser sog. Dispositionsniessbrauch besonders bei der erbrechtlichen Nutzniessung, und allgemein beim Niessbrauch an einem Vermögen, spielt, ist es erstaunlich, wie ver-

⁶⁷ Kaufpreis- und Schadenersatzforderungen.

⁶⁸ Art. 772.

⁶⁹ Der Dispositionsniessbrauch hat seine Grundlage im römischen Recht, wo er als Nutzniessung für Sachgesamtheiten wie z. B. einer Herde, auftritt. Der Berechtigte hatte wohl die Verfügung über das einzelne Tier, musste aber den Bestand der Herde wahren, also die ausscheidenden Tiere durch Jungtiere ersetzen. Vergl. Simen S. 33.

nachlässigt er vom Gesetzgeber wurde: Diese Nutzniessungart ist nur als Ausnahmen zu Art. 772 I erwähnt, indem bei «andern beweglichen Sachen» als den verbrauchbaren Gegenständen nicht das Eigentum, sondern nur die Verfügungsmacht an den Berechtigten übergehen soll.

In seiner Natur ist dieses Rechtsinstitut fast ebenso fragwürdig, wie der Quasiusufrukt: Es geht ebenfalls über die eigentliche Nutzniessungsberechtigung hinaus und verleiht Befugnisse, die normalerweise nur dem Eigentümer zustehen können. Dennoch ist ihre Unterstellung unter das Sachenrecht zu vertreten. Die eingeräumte Verfügungsmacht muss hier naturgemäss zur Nutzniessungsbefugnis hinzutreten, damit diese voll und rationell ausgeübt werden kann.

Ein Beispiel: Bei der Nutzniessung an Maschinen genügt es nicht, dass der Berechtigte deren ganze Arbeitskraft ausnützen kann. Im Rahmen der ganzen Betriebsführung muss er auch die Möglichkeit haben, diese ganz oder zum Teil zu modernisieren.

Dieser Nutzniessungsart werden vor allem nicht verbrauchbare, bewegliche Sachen⁷⁰ unterstellt. Zu deren rationellen Nutzung ist ein Verfügungsrecht erforderlich, der Eigentümer will sie aber nicht gänzlich aus der Hand geben. Es kommen vor allem Objekte in Frage, die einer fortwährenden Erneuerung bedürfen, wie Werkzeuge, Maschinen, Büroeinrichtungen, ferner Warenlager von Gegenständen, die sich nur langsam umsetzen, wie Bijouterien, Antiquitäten etc.

Wieland⁷¹ unterstellt dem Dispositionsniessbrauch auch die Forderungen. Dies hat zur Folge, dass der Nutzniesser selbst zu deren Einziehung, Löschung oder Verrechnung befugt ist, ohne der Zustimmung des Eigentümers zu bedürfen. Kellerhals⁷² stellt im Gegensatz dazu die verzinslichen Forderungen unter eigentliche, die unverzinslichen unter uneigentliche Nutzniessung. Meines Erachtens ist im Zweifel die Lösung von Kellerhals vorzuziehen, da sie der besondern Natur dieser Nutzniessungsobjekte eher gerecht wird.

Dem Eigentümer verbleibt lediglich die *nuda proprietas*. Auf Erhaltung der Sache hat er keinen Anspruch, sondern nur auf Ersatz ihres Wertes bei Beendigung des Rechtsverhältnisses. Dem Nutzniesser dagegen steht es frei, die Objekte *in natura* zurückzuerstatten, wie bei der eigentlichen

⁷⁰ «Andere bewegliche Sachen» Art. 772 II.

⁷¹ HR I S. 267.

⁷² S. 267.

Nutzniessung, oder Wertansatz zu leisten wie ein uneigentlicher Berechtigter. Da die Gegenstände unter einer Schätzung übergeben werden⁷³, fällt die Ersatzbewertung nicht schwer. Für Objekte, die für die kontinuierliche Betriebsabwicklung unentbehrlich sind, soll der Nutzniesser sofort Ersatz beschaffen⁷⁴, da sonst der Geschäftsbetrieb Schaden leidet. Diese Ersatzgegenstände treten durch Summission ex lege an die Stelle der veräusserten oder untergegangenen⁷⁵.

Den Parteien steht es frei, zu entscheiden, welche Nutzniessungsart sie an welchen Objekten eintreten lassen wollen. Leider kommt es in der Praxis sehr häufig vor, dass keinerlei solche Abmachungen getroffen werden.

In diesem Fall soll immer die der Natur der betreffenden Gegenstände am besten entsprechende Nutzniessungsart als daran bestehend betrachtet werden. Uebereinstimmend mit Kellerhals⁷⁶, der übrigens als einziger diese Frage konkret anschneidet, bin ich der Ansicht, dass der Dispositionsniessbrauch im Zweifel dem eigentlichen vorzuziehen ist, da dadurch die Verwaltung vereinfacht wird. Dem Dispositionsniessbrauch seinerseits ist im Zweifel die uneigentliche Nutzniessung vorzuziehen. Die unabhängige Stellung eines Geschäftsinhabers entspricht am ehesten dem Grundgedanken des Gesetzes, dass wer ein Geschäft leitet und verwaltet, auch unmittelbar mit seinem ganzen Vermögen dafür einzustehen hat. Ein Handelsgeschäft ist ja nur tatsächlich, nicht aber rechtlich vom übrigen Vermögen des Kaufmanns getrennt. Wenn nun am Unternehmen eigentlicher oder Dispositionsniessbrauch besteht, verschmelzen sich Privat- und Geschäftsvermögen nicht derart, wie wenn das Unternehmen durch uneigentliche Nutzniessung in das Eigentum des Berechtigten überginge. Das Kaufmannsvermögen — das insbesondere den Gläubigern haften soll — besteht dann aus zwei Teilen: Für den einen Teil ist der Kaufmann Eigentümer, für den andern nur Nutzniesser. Die gesetzliche Regelung, der das Einzelunternehmen unterstellt ist, könnte nicht oder nur schwierig auf beide Teile zusammen angewandt werden. Bei einer Bevorzugung der uneigentlichen Nutzniessung dagegen treten diese Schwierigkeiten nicht auf, sondern das Kaufmannsvermögen bildet eine einheitliche Masse.

⁷³ Art. 772 II.

⁷⁴ Art. 772 III. «dergleichen» umfasst Komplexe, wie z. B. das Geschäftsvermögen.

⁷⁵ Vergl. § 4.

⁷⁶ S. 277.

§ 7. Der Inhalt der Nutzniessung

Die Nutzniessung gewährt das Recht auf Besitz, Gebrauch, Nutzung und Verwaltung der Sache⁷⁷. Wie alle Nutzniessungsvorschriften des ZGB finden auch die den Inhalt betreffenden nur in bezug auf die eigentliche Nutzniessung voll Anwendung. Die uneigentliche Nutzniessung verschafft dem Berechtigten ja das Eigentum am Objekt. Der Dispositionsniessbrauch dagegen nimmt auch bezüglich seines Inhalts eine Mittelstellung zwischen den beiden andern ein.

A) Der Besitz

Der Begriff des Besitzes ist zu relativ und zu wenig einheitlich, als dass eine präzise Umschreibung alle Möglichkeiten umfassen könnte⁷⁸. Der Gesetzgeber beschränkt sich deshalb darauf, den Besitz allgemein zu bezeichnen als tatsächliches⁷⁹ Gewaltverhältnis⁸⁰ einer Person zu einer Sache⁸¹. Im Gegensatz dazu steht die rechtliche Gewalt über eine Sache, wie sie das Eigentum verschafft.

Dem Eigentümer, in unserem Fall also dem Erben, verbleibt nur die rechtliche Verfügungsmacht. Kraft seines Eigentumsrechts ist er aber auch mittelbarer Besitzer und die Besitzschutzregeln stehen ihm ebenfalls zur Verfügung, insoweit diese nicht eine tatsächliche Verfügungsmacht voraussetzen, wie z. B. Art. 920 ff. betreffend der Uebertragung des Besitzes und Art. 939 betreffend der Rückgabepflicht⁸².

Gegenstand des Besitzes sind nur Einzelsachen und nie Sachgesamtheiten. Der Nutzniesser besitzt also das Handelsgeschäft nicht als Einheit, sondern sein Recht geht auf jeden Gegenstand gesondert. Als solche Gegenstände können normalerweise nur Sachen und Grundstücke auftreten. Art. 919 II stellt aber die Ausübung von Rechten dem Sachbesitz gleich, so dass die Besitzesnormen auch auf sie angewendet werden können.

Die gesetzliche Nutzniessung entsteht unmittelbar mit dem Tode des Erblassers. Damit kommen auch alle aus ihr resultierenden Rechte und

⁷⁷ Art. 755 I.

⁷⁸ Für die verschiedenen Definitionen vergl. Planck Sachenrecht: «Besitz» Abschnitt I, 3.

⁷⁹ Ohne Rücksicht auf Recht und Unrecht. Auch der Dieb ist Besitzer. Tuor S. 420.

⁸⁰ Art. 919.

⁸¹ Homberger zu Art. 919 bezeichnet es als «effektives Gewaltverhältnis», Planck zu § 854 II als «Haben», das andere vom Besitz ausschliesst.

⁸² Wieland zu Art. 919 II.

Pflichten zur Entstehung. Ein besonderer Bestellsungsakt ist nicht notwendig⁸³. Beim Nutzniessungsvermächtnis dagegen entsteht die dingliche Berechtigung erst mit der Bestellung durch die Erben. Zur Besitzerlangung des Nutzniessers ist je nach Art des Objektes Uebergabe, Grundbucheintrag oder Zession nötig. Die Chancen können nicht im eigentlichen Sinn übertragen werden, sie gehen durch Einführung des Erwerbers in den Betrieb über.

Bevor diese formellen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, hat der Nutzniesser keine Rechte an den Objekten. Er hat lediglich einen Anspruch gegen die Erben auf Bestellung seines Rechts.

Von der unmittelbaren und bedingungslosen Entstehung der gesetzlichen Nutzniessung und somit des Besitzes, macht auch eine allfällige Sicherstellungspflicht des Nutzniessers keine Ausnahme. Die Kautionsleistung hat nie konstitutiven Charakter, sondern ist nur eine Nebenbestimmung zum Schutz des Eigentümers.

Unmittelbare, gesetzliche Entstehung des Besitzes findet auch an Surrogaten für veräußerte oder untergegangene Gegenstände statt. Juristisch wird dies mittelst eines *Constitutum possessorium* konstruiert: Der Nutzniesser erwirbt die Sache für den Eigentümer wie ein Stellvertreter.

Die Bedeutung des Besitzes liegt für den Nutzniesser am Handelsgeschäft nicht nur darin, dass dieser ihm erst die Möglichkeit der Nutzung verschafft. Vielmehr ist der Umstand, dass ihm der für den Besitzer aufgestellte Rechts- und Besitzesschutz zu teil wird, besonders wichtig. Der Nutzniesser ist gegen Besitzesstörung und Besitzesentzug, überhaupt gegen jegliche ungerechtfertigte Einwirkung in sein Recht geschützt. Dies nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den Eigentümer selbst. Dieser muss jegliche Verfügungshandlungen unterlassen, durch die das Recht des Nutzniessers auf ungeschmälernten Besitz beeinträchtigt wird. Also insbesondere die Bestellung gewisser Dienstbarkeiten, den Abschluss von Miet- und Pachtverträgen etc. Anders ist es natürlich, wenn das Handelsgeschäft schon zur Zeit des Erbfalles vermietet oder verpachtet war. Dann erlangt der Nutzniesser vorerst nur den mittelbaren Besitz daran. Seine Nutzung beschränkt sich auf den Bezug von Miet- und Pächtertragnissen. Er kann aber den Vertrag auf den nächsten zulässigen Termin kündigen⁸⁴.

⁸³ Art. 560.

⁸⁴ Analogie zu OR Art. 256/60, Kellerhals S. 290.

B) Die Verwaltung

Der Begriff der Verwaltung ist seinem Wesen nach sehr vielgestaltig. Bei der Nutzniessung an einem Handelsgeschäft tritt er besonders in seiner ganzen Vielfalt zu Tage. Die damit verbundenen Rechte und Pflichten werden in § 9 eingehender behandelt. Hier sei nur kurz erwähnt, dass der Nutzniesser normalerweise Prinzipal des Unternehmens und Inhaber der Firma wird.

Mit der Besitzeinweisung, oder wenn diese nicht notwendig ist, mit dem Beginn des Besitzes, also mit dem Tode des Erblassers, beginnt die Verwaltungstätigkeit des Nutzniessers. Auch sie kann sich aber nur auf den einzelnen Gegenstand beziehen. Je nachdem, ob daran eigentlicher, uneigentlicher oder Dispositionsniessbrauch vereinbart wurde, dehnt sich der Verwaltungsbegriff aus von der einfachen sorgfältigen Geschäftsführung und Bewirtschaftung bis zur freien Verfügung darüber.

In ihrer Gesamtheit dienen die Verwaltungshandlungen der ordnungsgemässen Betriebsleitung. Diese soll so gestaltet sein, dass das Unternehmen in seiner Eigenart und seinem Wert nach erhalten bleibt und eine bestmögliche und nachhaltige Ertragsfähigkeit bietet. Innert den Grenzen des Gesetzes kann der Nutzniesser frei über die Art und Weise seiner Verwaltung bestimmen, ohne Instruktionen des Eigentümers einholen zu müssen⁸⁵.

Anders liegt der Fall, wenn der Nutzniesser laut Parteivereinbarung das Unternehmen im Namen und auf Rechnung des Eigentümers führt. Dann steht er in einem Auftragsverhältnis zum Eigentümer und es greifen die Regeln von OR 396 ff. Platz. Ebenfalls nicht zur Anwendung gelangen die Nutzniessungsregeln des ZGB in dem Fall, wo der Nutzniesser laut Parteivereinbarung Anspruch auf eine Rente hat, oder der Eigentümer den Betrieb als Pächter des Nutzniessers übernommen hat. Also nur in dem Fall, wo der Nutzniesser auch wirklich das Geschäft besitzt und es in seinem Namen führt, sind die Verwaltungsregeln des Nutzniessungsrechtes massgebend.

Obschon seine Verwaltungsregeln immer nur das einzelne Objekt betreffen, darf doch die Gesamtheit nicht ausser acht gelassen werden. Deshalb ist dem Nutzniesser im Hinblick auf die kontinuierliche ordnungs-

⁸⁵ Wieland zu Art. 755 3a, 764, 769.

gemässe Betriebsführung eine erweiterte Einwirkungsbefugnis auf die einzelnen Gegenstände zuzubilligen. Es ist dann allerdings oft schwer festzustellen und muss je nach Fall entschieden werden, ob sich eine Handlung des Nutzniessers noch im Rahmen der ordentlichen Bewirtschaftung hält⁸⁶. Die Grenzen zwischen erlaubter Verwaltungshandlung und unerlaubter Verfügungshandlung sind allerdings oft schwer zu ziehen⁸⁷.

C) Die Nutzung

Die eigentliche Bedeutung des Nutzniessungsrechtes liegt in der Gewährung der Nutzung. Diese bedeutet das Recht, jeglichen wirtschaftlichen Vorteil aus der Sache zu ziehen, die diese ihrer Beschaffenheit nach bietet. Die Grenzen des Genusses liegen im Begriff selbst: Eine Nutzung kann nur solcher Art sein, dass sie die Substanz nicht angreift. Dies entweder so, dass sie auf blossen Gebrauch des Objekts geht, oder dass dieses dem Berechtigten materiellen oder finanziellen Nutzen gewährt.

Das ZGB trennt die beiden Begriffe von Gebrauch und Nutzung⁸⁸. Diese Unterscheidung hat aber nur noch historischen Charakter⁸⁹. In der Berechtigung auf Nutzung ist das Recht auf Gebrauch enthalten, da diese ja, wie bereits erwähnt, alle Genussberechtigungen umfasst.

Das Nutzungsrecht besteht nicht nur an der Sache selbst, sondern ebenso an ihren Bestandteilen und Zugehören. Einzelne Nutzungen können vertraglich ausgenommen, und dem Eigentümer vorbehalten werden. Es ist aber nicht zulässig, dass das Recht von vornherein auf bestimmte Einzelnutzungen beschränkt wird, wie z. B. nur auf Miet- oder Pachterträge⁹⁰.

Im Falle der gesetzlichen erbrechtlichen Nutzniessung beginnt die Nutzungsberechtigung ipso iure mit dem Tode des Erblassers⁹¹. Im Fall eines Nutzniessungsvermöchtnisses ist die Sachlage nicht so einfach. Die Nutzniessung erlangt nicht schon mit dem Erbfall dingliche Wirkung, sondern erst mit ihrer Bestellung durch die Erben⁹². Mit der Eröffnung

⁸⁶ Sebes S. 72.

⁸⁷ Rossel-Mentha No. 1418.

⁸⁸ Art. 755.

⁸⁹ Usus et fructus des röm. Rechtes.

⁹⁰ Leemann zu Art. 745 I, 1.

⁹¹ Art. 561 I.

⁹² Art. 562, 484 II, 746.

des Erbanges hat der Nutzniesser aber einen obligatorischen Anspruch darauf⁹³.

Das Gesetz bestimmt nicht, was bis zu dieser Nutzniessungsbestellung mit den Erträgen geschieht. Auch Art. 757 ist nichts darüber zu entnehmen. Er lässt gerade die Frage, wann das Nutzungsrecht beginne, offen. Im Protokoll I S. 569 finden wir noch die redaktionelle Anregung, dass die Früchte seit Eröffnung der Erbschaft an den Vermächtnisnehmer fallen sollen. Im ZGB wird dies aber nirgends bestätigt. Nach Art. 563 I muss, in Ermangelung einer andern gesetzlichen Regelung, der Anspruch auf Fruchtbezug den Bestimmungen des Obligationen- und Sachenrechts unterstellt werden. Als solche Bestimmungen kann nur OR Art. 102 ff. in Frage kommen⁹⁴. Danach hätte der Nutzniesser nur Anspruch auf die Früchte vom Verfalltag⁹⁵ an. Diese Meinung teilt auch Escher⁹⁶. Tuor scheint diese Gesetzesauslegung nicht zu befriedigen, denn sie steht im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber gewollten Lösung. Sinn und Zweck der Nutzniessung ist es ja gerade, die Nutzung vorläufig nicht den Erben, sondern einer andern berechtigten Person zufallen zu lassen. Tuor erwähnt deshalb auch ausdrücklich, dass die oben erwähnte Lösung nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn der Erblasser nichts anderes beabsichtigt habe. Ein solcher entgegengesetzter Wille sei aber oft schon aus den Umständen ersichtlich. Vor allem gelte dies für die Nutzniessung. Wenn nichts anderes vereinbart sei, fallen also die Früchte vom Todestage an dem Nutzniesser zu. Gleicher Ansicht ist Kellerhals⁹⁷. Allein diese Lösung entspricht dem Sinn des Gesetzes. Bei einer andern Regelung stünde es sonst den Erben frei, durch ihr trölerisches Verhalten den Gegenstand möglichst lange in ihrem Besitz und somit in ihrer Nutzung zu behalten.

⁹³ Tuor zu Art. 484 V. Weiss No. 3753.

⁹⁴ Tuor zu Art. 485 V.

⁹⁵ Verfalltag ist derjenige, an dem die Erbschaft entweder angenommen wird, oder an dem die Ausschlussfrist verwirkt ist. Art. 562 II.

⁹⁶ zu Art. 485 II 2c.

⁹⁷ S. 301.

3. Kapitel

Rechte und Pflichten des Nutznießers

§ 8. Die Rechte und Pflichten des Nutznießers als Besitzer

Als Besitzer genießt der Nutznießer den vollen Schutz seines Rechts. Er soll sich gegen jede, wider seinen Willen vorgenommene Einwirkung, die nicht aus bestimmten Gründen erlaubt ist¹, wehren können. Dies nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den Eigentümer selbst. Das Gesetz gibt ihm dafür zwei Rechtsbehelfe:

A) Von der Tatsache seines Besitzes ausgehend kann sich der Nutznießer auf folgende Art verbotener Eigenmacht erwehren:

1. Gegen Besitzesentzug kann er zur Selbsthilfe greifen. Allerdings nur unter der Bedingung, dass er sofort handelt und sich dabei jeder unnötigen Gewalt enthält².

2. Gegen jegliche verbotene Einwirkung auf seinen Besitz, sei es durch Entzug oder durch Störung, kann der Nutznießer an den Richter gelangen und Rückgabe der Gegenstände, resp. Einstellung der Störung verlangen³, ferner Schadenersatz gemäss OR Art. 41 ff. geltend machen.

B) Von seiner Berechtigung auf Besitz der Sache ausgehend, steht ihm zu:

1. Die Rechtsvermutung für den behaupteten Bestand seines Besitzrechts. Diese steht ihm jedoch nur gegen Dritte, niemals gegen den Eigentümer selbst zu⁴. Ferner gilt diese Rechtsvermutung nur für Fahrnis. Für Grundstücke knüpft sie an den Grundbucheintrag an⁵. Die unter A erwähnten Besitzeschutzregeln dagegen haben auch für Grundstücke in jedem Fall Geltung.

2. Das Rückforderungsrecht für Sachen, die ihm gestohlen oder wider Willen abhanden gekommen sind. Dieses Recht steht ihm während fünf Jahren gegenüber jedermann zu, also auch gegenüber dem gutgläubigen Empfänger. Nur Geld oder Inhaberpapiere können dem gutgläubigen Empfänger nicht abgefordert werden⁶.

¹ Wie z. B. Expropriation.

² Art. 926.

³ Art. 927, 928.

⁴ Art. 931 II, 932.

⁵ Art. 937.

⁶ Art. 935.

Ausser diesen dinglichen Schutzmitteln stehen dem Nutzniesser auch die Rechtsbehelfe des Obligationenrechts, aus widerrechtlicher Schadenszufügung⁷ und ungerechtfertigter Bereicherung⁸ zu. Darauf stützen Art. 927 und Art. 928 die Schadenersatzforderungen des geschädigten Nutzniessers.

Der Besitz gibt dem Nutzniesser wohl das Recht zu tatsächlicher Herrschaft über die Sache. Diese darf aber nicht zu einer Verfügungsmacht ausgedehnt werden, denn diese verbleibt dem Eigentümer. Das eben Erwähnte gilt nur für Gegenstände, an denen eigentliche Nutzniessung besteht. Ueber Objekte, die dem Dispositionsniessbrauch oder dem Quasiusufrukt unterliegen, kann der Nutzniesser frei verfügen. Auf Grund seines Besitzes stehen ihm aber auf jeden Fall die oben erwähnten Rechtsbehelfe zu. Genau so unterliegt er auch in jedem Fall der Sorgfaltspflicht und haftet für eine sorgfältige Handhabung seines Besitzesrechts.

§ 9. Die Rechte und Pflichten des Nutzniessers als Verwalter

Die Verwaltung eines Handelsgeschäftes besteht in der Leitung des Unternehmens und in der Führung des Geschäftes in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Sie bringt erhebliche Verpflichtungen mit sich. Die Beziehungen, die dadurch zwischen Eigentümer und Nutzniesser entstehen, sind trotz ihrer Stellung im Sachenrecht und trotz ihrer gesetzlichen Entstehung obligatorischer Natur. — In ihrer Gesamtheit werden sie als «Legalschuldverhältnisse» bezeichnet⁹. — Da im OR das Prinzip der Vertragsfreiheit besteht, sind Abänderungen dieser gesetzlichen Vorschriften durch Parteivereinbarungen sehr wohl möglich¹⁰.

Die Verteilung von Rechten und Pflichten zwischen Eigentümer und Nutzniesser gestaltet sich wie folgt:

Der Nutzniesser hat Anspruch auf die Uebertragung der Betriebsleitung. Er muss aber dem Eigentümer für eine sorgfältige Geschäftsführung garantieren. Es soll diesem daraus kein Schaden erwachsen und weder die Substanz des Unternehmens angegriffen noch sonst dessen Wert irgendwie geschädigt werden.

⁷ OR Art. 41.

⁸ OR Art. 61.

⁹ Liebermann S. 25.

¹⁰ Im Gegensatz zu den Vorschriften über die Begründung und die Beendigung der Nutzniessung (Art. 746, 748, 749, 750), die zwingenden Charakter haben, wie die dinglichen Rechte im allgemeinen.

Dem Eigentümer, also dem Erben, verbleibt die Verfügungsbefugnis über das Handelsgeschäft. Für Wertverminderungen, die vom Nutzniesser nicht zu vertreten sind ¹¹, muss er aufkommen.

Im Folgenden werden vor allem die Rechte und Pflichten des Nutzniessers behandelt:

1. Er hat die Verpflichtung, das Unternehmen in gleicher Art und Weise wie bis anhin weiter zu führen. Insbesondere darf er es nicht umgestalten, sondern soll es in seiner individuellen Eigenart aufrecht erhalten. Wie weit seine Befugnis zur Anpassung des Geschäftes an moderne Bedürfnisse geht, und ob er die Konjunktur durch Betriebsvergrößerung ausnützen darf, hängt vom einzelnen Fall ab, und ist oft schwer zu entscheiden ¹². Eine Reduktion des Betriebes in Zeiten schlechten Geschäftsganges ist sicher erlaubt. Solche vorsorgliche Massnahmen gehören mit zur sorgfältigen Verwaltung. Auch die Einführung einzelner moderner Artikel an Stellen alter, nicht gangbarer Waren wird erlaubt sein. Die gänzliche Umgestaltung des Unternehmens jedoch ¹³, die einen Wechsel von Einrichtungen, Kundschaft und Lieferanten mit sich bringt, geht über die Verwaltungsrechte eines Nutzniessers hinaus und bedarf der Zustimmung des Eigentümers. Allgemein kann gesagt werden, dass alles was sich als Verfügungshandlung darstellt, was also den Kern des Unternehmens angreift, die Einwilligung des Eigentümers voraussetzt. Als solche Handlung gilt auch die Liquidation des Unternehmens.

2. Der Nutzniesser muss den wirtschaftlichen Bestand des Geschäftes wahren ¹⁴. Insbesondere soll er den im Inventar aufgeführten Wert erhalten. Dabei genügt es nicht, dass das Unternehmen zwar keine Schulden, aber auch zu wenig Vermögen aufweist. Auch sollen nicht ausstehende Forderungen, insbesondere solche gegen das Privatvermögen des Nutzniessers selbst, den Hauptteil des Inventars ausmachen ¹⁵. Das Handelsgeschäft soll sich in jedem Zeitpunkt so darstellen, wie es sich im Laufe der Zeit bei ordentlicher Bewirtschaftung gestalten musste.

Automatisch wird der Wert des Inventars aufrecht erhalten, wenn der Nutzniesser seiner Ersatz- und Reparaturpflicht regelmässig nachkommt. Ohne Rücksicht darauf, ob der bezogene Gewinn dazu ausreicht oder

¹¹ Sebes S. 82 ff.: z. B. Abnützung und unverschuldeter Untergang.

¹² Sebes S. 72.

¹³ Kellerhals S. 307: Kolonialwarenhandlung wird in Drogerie umgewandelt.

¹⁴ Art. 755 III, 764.

¹⁵ Kellerhals S. 308.

nicht ¹⁶, bezahlt der Nutzniesser die kleineren Unterhaltsreparaturen ¹⁷, die der laufende Betrieb erfordert. Wichtigere Vorkehrungen, die den Bestand des Geschäftes betreffen ¹⁸, gehen zu Lasten des Eigentümers und erfordern auf alle Fälle dessen Zustimmung ¹⁹.

Um zu entscheiden, wen die entstandenen Kosten treffen, kommt es nicht auf die Art der einzelnen reparierten oder verbesserten Objekte an. Es muss vielmehr im Hinblick auf das Handelsgeschäft als Einheit entschieden werden, ob die betreffenden Kosten zu den laufenden Betriebsausgaben oder zu den aussergewöhnlichen Massnahmen zu zählen sind.

Wenn sich solche grössere Vorkehrungen als notwendig erweisen, hat der Nutzniesser dem Eigentümer davon Anzeige zu erstatten. Falls dieser nicht Abhilfe schafft, kann der Nutzniesser selbst die betreffenden Reparaturen auf Kosten des Eigentümers vornehmen ²⁰. Dies heisst nun aber nicht, dass der Eigentümer verpflichtet sei, diese Kosten bar dem Nutzniesser zu vergüten. Wenn ihm vorläufig schon kein Nutzen aus dem Unternehmen zukommt, soll er nicht Auslagen dafür auf sich nehmen müssen, sondern diese erst nach Ablauf der Nutzniessung zu spüren bekommen ²¹. Er kann den Betrag daher entweder dem Nutzniessungskapital entnehmen oder der Nutzniesser kann ihm ein unverzinsliches Darlehen gewähren, um diese Kosten zu bestreiten. Mit dieser Regelung wird dann auch das Prinzip, dass wer den Nutzen aus einer Sache zieht, auch die Auslagen dafür spüren soll, aufrecht erhalten. Vorerst, d. h. solange die Nutzniessung besteht, trifft die Kapitalverminderung den Nutzniesser allein, indem ihm die Nutzung an dem betreffenden Betrag abgeht ²². Der Eigentümer verspürt sie erst bei der Beendigung des Rechtsverhältnisses.

Untergegangene Gegenstände hat der Nutzniesser zu ersetzen, sofern er nicht nachweist, dass ihn kein Verschulden am Untergang trifft ²³. Er bringt er diesen Beweis, so ist er nicht verpflichtet, irgendwelchen Ersatz zu leisten. Ersetzt er hingegen die untergegangene Sache freiwillig, dann fällt das Ersatzstück in sein Eigentum.

¹⁶ Sebes S. 78 ff.

¹⁷ Neuanstrich der Läden, Kosten des Dachdeckers, Reinigungsarbeiten etc.

¹⁸ Elektrifizierung des Betriebes, Neuanlagen zum Schutz des Unternehmens im Konkurrenzkampf, Meliorationen etc. Vergl. auch Beispiele bei Kellerhals Seite 301.

¹⁹ Vergl. Weiss No. 5013.

²⁰ Art. 764/5.

²¹ Weiss No. 5008.

²² Sebes S. 82 ff.

²³ Art. 752 I.

Wenn dem Nutzniesser der Exculpationsbeweis nicht gelingt, hat er für das untergegangene Stück Schadenersatz zu leisten²⁴. Die Höhe des Ersatzes bestimmt sich nicht nur nach dem objektiven Wert des Gegenstandes zur Zeit der Bestellung der Nutzniessung, sondern nach dem Verlust, den das Unternehmen als Ganzes dadurch erleidet. Wenn der Betrieb es erfordert, muss der Nutzniesser sogar sofort Naturalersatz beschaffen.

Der Nutzniesser hat also immer dann Ersatz zu leisten, wenn er sich nicht exculpieren kann. Der Eigentümer dagegen nur, falls er den Untergang verschuldet hat. Wenn er, ohne dazu verpflichtet zu sein, Ersatz leistet, so entsteht durch Subrogation am Ersatzobjekt wieder Nutzniessung²⁵. Dies aber nur, wenn es sich wirklich um Ersatz handelt. Schafft der Eigentümer sonst irgendwie einen neuen Gegenstand an, oder errichtet er ein neues Gebäude, das nicht in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Nutzniessungssache steht, so handelt es sich nicht um eine Ersatzleistung und der Nutzniesser hat folglich kein Recht daran.

In der Praxis treten diese Ersatzfragen hauptsächlich bei Versicherungs- und Schadenersatzleistungen oder Entschädigungen auf Grund einer gesetzlichen Pflicht²⁶ auf. Wenn der Eigentümer daraus das untergegangene Stück ersetzt, entsteht am Ersatzobjekt wieder Nutzniessung. Wenn er keinen Ersatz beschafft, besteht diese am Ersatzbetrag weiter²⁷. Schwierigkeiten treten nur bei Uneinigkeit zwischen dem Eigentümer und dem Nutzniesser über die Ersatzbeschaffung auf. Nach Rossel-Menthass Ansicht²⁸ kann der Nutzniesser in diesem Fall auf Grund von Art. 764/65 die Ersatzbeschaffung vornehmen. Meines Erachtens ist dem aber nur dann zuzustimmen, wenn das Wohl des Geschäftsbetriebes eine solche Ersatzbeschaffung verlangt.

Buchstäblich kommen auch diese Ersatz- und Reparaturregeln nur bei Gegenständen, an denen eigentliche Nutzniessung besteht zur Anwendung. Nur hier ist es äusserst wichtig, dass genau das betreffende Objekt erhalten bleibt. An Sachen des Quasiusufrukts kommt eine Reparaturpflicht nicht in Frage. Da dem Nutzniesser das Eigentum an ihnen zusteht, kann er mit ihnen schalten und walten wie er will. Seine Verwaltungstätigkeit beschränkt sich hauptsächlich darauf, für einen laufenden Umsatz dieser

²⁴ Art. 752, BGE 60. II. 174.

²⁵ Art. 750 I, II.

²⁶ Enteignung z. B.

²⁷ Art. 750 III.

²⁸ No. 1410.

Handelswaren besorgt zu sein, und den Betriebsbedürfnissen entsprechend Ersatz zu beschaffen. Bei Einzelobjekten geht bei deren Verbrauch seine Verpflichtung wohl nur auf Wertersatz, bei einem Handelsgeschäft dagegen ist immer auf die Gesamtheit Rücksicht zu nehmen. Im Hinblick darauf ist zu entscheiden, ob ein untergegangenes Quasiusufruktobjekt so dringend für den ganzen Betriebsablauf benötigt wird, dass sofort Naturalersatz beschafft werden muss, oder ob Wertersatz bei Beendigung des Rechtsverhältnisses genügt.

Bei Gegenständen des Dispositionsniessbrauches ist die Wahrung ihres wirtschaftlichen Bestandes die Hauptache. Auf Erhaltung des speziellen einzelnen Objektes kommt es nicht an. Dennoch wird es im Interesse des Nutzniessers liegen, kleinere Reparaturen, z. B. solche an Werkzeugen und Maschinen, vorzunehmen. Veraltete Gegenstände wird er verkaufen und durch modernere ersetzen, entbehrliche Objekte dagegen fallen lassen. Es ist immer im Hinblick auf das Geschäft als Einheit zu entscheiden, ob eine Reparatur oder Wert- resp. Naturalersatz in Frage kommt.

Wenn Ersatz beschafft wird, so entsteht daran automatisch Eigentum der Erben und Nutzniessung des Berechtigten.

3. Der Nutzniesser soll aber nicht nur die realen Werte erhalten, sondern ebenso die Chancen. Was nützt es, wenn bei Beendigung des Rechtsverhältnisses wohl ein vollständiges Geschäftsinventar vorhanden ist, jedoch die Chancen vernachlässigt wurden, so dass mit einer rentablen, kontinuierlichen Geschäftsführung nicht zu rechnen ist. Das Unternehmen soll möglichst immer denselben Reingewinn abwerfen, wie vor der Nutzniessung. Dies ist nur möglich, wenn der Nutzniesser nicht nur die realen Werte, sondern auch die tatsächlichen Beziehungen ordnungsgemäss verwaltet: Durch geeignete Reklame wird er seinen Kundenkreis zu erweitern versuchen, durch Modernisierung der Betriebsmittel, dessen Bedürfnisse zu befriedigen wissen und somit den Ruf des Unternehmens stärken. Wenn nötig muss er neue Lieferanten suchen und weitere Beziehungen anknüpfen. Für schuldhafte Vernachlässigung der Geschäftsbeziehungen, wie auch für unbegründetes Fallenlassen von Geschäftsverbindungen wird er schadenersatzpflichtig²⁹.

4. Mittels einer ordnungsgemässen Buchhaltung ist der Nutzniesser immer in der Lage, sich über den tatsächlichen Stand seines Betriebes

²⁹ Jacusiel S. 59.

Rechenschaft zu geben. Deshalb ist jeder Nutzniesser zur Führung einer den Bedürfnissen des Betriebes entsprechenden Buchhaltung im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht angehalten, auch wenn er nach der gesetzlichen Regelung von OR Art. 957 ff. nicht dazu verpflichtet wäre.

5. Die allgemeinen Lasten, die in einem Geschäftsbetrieb entstehen, verteilen sich wie folgt:

Die ordentlichen Betriebsspesen trägt der Nutzniesser. Hierunter fallen insbesondere Kosten für Büromaterial, Telephonrechnungen. Portoauslagen, Mietzinse, Lohnauszahlungen, Zinsauslagen für die bei der Entstehung der Nutzniessung vorhandenen Schulden etc.

Der Nutzniesser hat nur Anspruch auf den Reingewinn des Unternehmens. Bevor dieser ermittelt werden kann, müssen die erwähnten Unkosten gedeckt sein. Objekte, an denen eigentlicher oder Dispositionsniessbrauch besteht, hat er im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht gegen Feuer und andere Gefahren zu versichern, denn dafür trägt der Eigentümer die Gefahr des zufälligen Unterganges. Die Versicherungspflicht richtet sich in ihrer Art und Höhe nach der ortsüblichen Auffassung³⁰. Nach dem gleichen Kriterium wird auch entschieden, welche Vermögenswerte gegen welche Gefahren versichert werden müssen³¹.

Für die Steuern unterscheidet Wieland³², ob sie Kapital oder Einkommen betreffen. Leemann³³ und mit ihm Rossel-Mentha³⁴ und Kellerhals³⁵ sind genauer und auferlegen dem Eigentümer alle indirekten Steuern, die ihre Quelle nicht im laufenden Betrieb haben und die objektiv nicht aus dem Ertrag gedeckt werden können³⁶. Dem Nutzniesser fällt die Deckung aller übrigen Steuern zu, wie Vermögenssteuer, Liegenschaftssteuer, Einkommenssteuer, Zölle, Stempelgebühren, Brandassekuranzsteuern etc., da diese von der mit der Nutzniessung belasteten Sache bezogen werden³⁷.

³⁰ Art. 767. Auch Unterversicherung ist möglich, wo sie ortsüblich ist.

³¹ Feuerversicherung wird wohl überall angebracht sein. Glasbruchversicherung bei Schaufenstern in verkehrsreicher Strasse. Bei Unternehmen, die mit betriebsgefährlichen Maschinen oder Einrichtungen arbeiten, und bei Transportunternehmen kann Unfallversicherung obligatorisch sein. Vergl. KUVG Art. 60 bis Abs. 1c.

³² Zu Art. 765.

³³ S. 524.

³⁴ No. 1412.

³⁵ S. 326 ff.

³⁶ Erbschaftssteuer, Handänderungssteuer, Wertzuwachssteuer.

³⁷ Curti-Forrer zu Art. 765 No. 4.

Die gleiche Verteilung wird auch für Abgaben angenommen. Auf den Nutzniesser fallen demnach die Wasserzinse, Kehrriichtabfuhrgebühren, Blitzableiterinspektionsgebühren³⁸, Wirtschaftspatenttaxen, Benützungsgebühren aller Art³⁹, Abgaben für Beleuchtung, Strassenreinigung⁴⁰, Wasserbezug. Den Eigentümer trifft dagegen jede Art öffentlichrechtlicher Vermögensabgabe und ausserordentliche, nicht wiederkehrende Abgaben, wie z. B. Beiträge an Strassenkorrekturen, Meliorationen, Einrichtungen von Kanalisationen, Errichtung von Trottoirs⁴¹.

Die Ausgaben, die den Eigentümer treffen, soll dieser nicht jetzt schon zu spüren bekommen. Genau wie dies mit den Auslagen für Reparaturen und Ersatz geschieht, wird entweder das Nutzniessungskapital damit belastet, oder der Nutzniesser schiesst dem Eigentümer den Betrag unverzinslich vor.

Für freiwillige Verwendungen auf das Geschäft hat der Nutzniesser Anspruch auf Ersatz nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag⁴². So also z. B. für Hauptreparaturen, die der Nutzniesser selbst ausführt, für Aufwendungen zur Erhöhung der Chancen, wie ausserordentliche Reklamekampagnen, für Neuerwerb von Patenten etc. Gleich behandelt werden auch Neuerungen, d. h. Neuanschaffungen und Verbesserungen untergegangener oder zerstörter Gegenstände, sofern der Nutzniesser dadurch nicht bloss seiner Verpflichtung zu ordentlichem Unterhalt und Ersatz nachkommt⁴³.

Zur Errichtung gänzlich neuer Anlagen ist der Nutzniesser nur dann befugt, wenn sie an der wirtschaftlichen Bestimmung des Geschäftes nichts ändern. Ersatzanspruch dafür hat er nie. Dagegen kann er diese sogenannten «Vorrichtungen» bei Beendigung des Rechtsverhältnisses wieder von der Hauptsache trennen, sofern dies ohne deren Beschädigung geschehen kann.

Zur Verwaltung des Handelsgeschäftes sei noch folgendes erwähnt:

Bei der Entstehung der Nutzniessung vereinbaren die Parteien kaum je für jedes einzelne Nutzniessungsobjekt die daran bestehende Nutzniessungsart. Eine solche Abmachung wäre zwar äusserst wichtig. — Gerade bei der Verwaltung zeigt sich die daraus entstehende unterschiedliche Art der Behandlung der Objekte. — Wenn keine Vereinbarung ge-

³⁸ Curti-Forrer zu Art. 765 No. 5.

³⁹ Kellerhals S. 320 ff.

⁴⁰ Wieland zu Art. 765.

⁴¹ Kellerhals S. 320 ff.

⁴² OR Art. 427 ff.

⁴³ Art. 753.

troffen wurde, muss im Streitfall nachträglich die Art der Nutzniessung bestimmt werden. Diese Entscheidung soll immer im Hinblick auf das Unternehmen als Gesamtheit getroffen werden, indem man sich die aus den verschiedenen Nutzniessungsarten entstehenden Folgen, wie Reparatur-, Ersatz- und Versicherungspflicht vor Augen hält.

§ 10. Die Rechte und Pflichten des Nutzniessers als Nutzungsberechtigter

Der wirtschaftliche Hauptinhalt des Nutzniessungsrechtes liegt in der Nutzungsberechtigung. Mittels ihr kann der Berechtigte alle Vorteile geniessen, die das Nutzungsobjekt bietet. Diese können bestehen:

1. Im blossen Gebrauch des Gegenstandes. Dieser kommt vor allem bei Sachen und Rechten vor, welche keine Nutzung abwerfen.

Gebrauch ist die Berechtigung, jeglichen Dienst aus der Sache zu ziehen, ausser ihren Früchten. Solche Dienste sind z. B. Wohnrechte, ferner Gebrauchsrechte an Maschinen oder Ladeneinrichtungen etc. Das Gebrauchsrecht bezieht sich nicht nur auf die Sache selbst, sondern ebenso auf ihre Bestandteile, Zugehöre und die darauf lastenden Servituten.

2. Im Bezug von Früchten i. w. S., d. h. von zivilen wie von natürlichen Früchten. Das ZGB kennt den Begriff der zivilen Frucht allerdings nicht, sondern wählt die Bezeichnung für diese Art Erträge je nach dem Einzelfall⁴⁴. In der Theorie wird der Ausdruck der Einfachheit halber aber sehr oft verwendet⁴⁵.

Natürliche Früchte im Sinn von ZGB Art. 756 sind die Erzeugnisse (fruits) und die Erträge (produits). Erzeugnisse sind alle organisch entstandenen Produkte. Wieland⁴⁶ bezeichnet sie als diejenigen Sachen, welche von Natur aus dazu bestimmt sind, von der Hauptsache ohne Verringerung deren Substanz getrennt zu werden, wie Obst, Feldfrüchte etc. Er⁴⁷ teilt die Erzeugnisse dann noch eingehender in Jahresfrüchte und Erzeugnisse im engeren Sinn, eine Unterscheidung, die auf die Dauer des Wachstums abstellt. Die französische Theorie⁴⁸ unterscheidet zwischen «fruits naturels» und «fruits industriels», wobei zur Entstehung der

⁴⁴ Art. 757.

⁴⁵ Wieland S. 18 No. 2, Leemann zu Art. 643 Anm. 1. Weiss No. 2558.

⁴⁶ Zu Art. 647.

⁴⁷ Und mit ihm Liebermann.

⁴⁸ Colin et Capitant I S. 813.

letzteren menschliche Arbeit, wie Züchten, Anpflanzen etc. erforderlich ist. Beide Unterscheidungen sind aber ohne wesentliche Bedeutung.

Die Erzeugnisse entstehen in regelmässigen Zeitabschnitten immer aufs Neue. Sie werden ohne Schädigung von der Muttersache getrennt. Nicht so die Erträge. Da diese als anorganische Bestandteile eine künstliche Trennung von der Hauptsache erfordern, schädigen sie die Substanz der Muttersache und können diese mit der Zeit sogar aufzehren. Solche erträgnisgewährende Sachen sind z. B. Bergwerke, Steinbrüche, Mineralquellen. Oft ist die Entscheidung, was alles hier noch zur erlaubten Fruchtgewinnung gehört, gar nicht so leicht. Als Grundregel kann gelten, dass der Nutzniesser die Erzeugnisse nur dann als Früchte ziehen darf, wenn sie bestimmungsgemäss aus der betreffenden Sache gezogen werden. Ob dies der Fall ist, soll nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten entschieden werden. Auf alle Fälle darf der Nutzniesser nie mehr Erträge gewinnen, als der Eigentümer dies tat ⁴⁹.

Beim Handelsgeschäft werden wir es nur ausnahmsweise mit natürlichen Früchten zu tun haben. Vorkommen mag dieser Fall etwa bei einem Gärtnereibetrieb, einem land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmen, Bergwerken oder Mineralquellen. Normalerweise handelt es sich beim Handelsgeschäft um sogenannte zivile oder Rechtsfrüchte. Es sind dies diejenigen Früchte, welche mittels eines Rechtsverhältnisses aus der Muttersache gezogen, also nicht durch diese selbst produziert werden. Mit den natürlichen Früchten sind diese insofern verwandt, als auch sie sich als Nutzungs- und Gebrauchsvorteil aus der Hauptsache ziehen lassen ⁵⁰. Die Früchte eines Handelsunternehmens stellen sich immer als finanziellen Ertrag dar. Bei den Rechtsverhältnissen, mittels denen sie gezogen werden, handelt es sich entweder um einen obligatorischen Vertrag über das Unternehmen, wie Miete oder Pacht, oder um eine Kapitalhingabe. Die Früchte bestehen dementsprechend entweder in Miet- resp. Pachtzinsen, Kapitalzinsen oder Renten. In weiterer Ausdehnung können auch die Dividenden hierunter subsummiert werden.

⁴⁹ Ob der Nutzniesser bei Erschöpfung einer Quelle einen neuen Stollen graben darf, ist fraglicher. Es muss dies immer darnach entschieden werden, was der Eigentümer, in unserm Fall also der Erblasser, getan hätte, im weitern Sinn danach, was sich einem ordentlichen Wirtschaftler geziemt. Vergl. Anm. 55.

⁵⁰ Das Geld, das als Zins für ein verpachtetes Grundstück bezahlt wird, stellt eigentlich den Ersatz dar für Naturalgebrauch und -nutzung, den dieses dem Eigentümer sonst gewährt hätte.
Planol S. 1162.

Die natürlichen Früchte fallen mit ihrer Gewinnung in das Eigentum des zur Zeit daran Berechtigten⁵¹. Es spielt also keine Rolle, unter wessen Herrschaft sie zur Reife gelangt sind.

Die zivilen Früchte dagegen werden Tag um Tag gewonnen⁵². Der Anspruch darauf wird proportional zur Dauer der Nutzniessung zwischen dem Eigentümer und dem Nutzniesser verteilt. Eine Rolle spielt dies vor allem in den Jahren des Beginns und der Beendigung der Nutzniessung: Auch wenn ein Zins erst postnumerando, resp. pränumerando, fällig wird, hat der Nutzniesser, dessen Berechtigung im Laufe des Jahres zu Ende geht, resp. beginnt, doch noch Anspruch auf einen der Dauer seines Rechts entsprechenden Teil des Jahreszinses.

Als Bestandteil des dinglichen Nutzniessungsrechtes folgt das Nutzungsrecht in seinen Wirkungen denen der Hauptsache: Auch die Nutzung bezieht sich also theoretisch nie auf einen Vermögenskomplex gesamthaft, sondern immer nur auf das einzelne Objekt. Praktisch ist aber die Ausübung der Nutzung am Einzelgegenstand eines Handelsgeschäftes unmöglich. Das Unternehmen ist eine viel zu eng verknüpfte Gesamtheit, als dass eine Einzelnutzung überhaupt bestimmt werden könnte. Insbesondere ist die Nutzung, die einen Gegenstand als Teil der Gesamtheit abwirft, ganz anders, als diejenige, die er als Einzelobjekt bieten würde. Die Einzelnutzung ist aber auch deshalb unmöglich zu ermitteln, weil sie sich nicht am Einzelobjekt selbst und nicht direkt nach vollzogener Operation⁵³, sondern erst bei der Abrechnung über die Gesamtheit einstellt. Aus diesen praktischen Gründen wird deshalb die Nutzung doch von der Gesamtheit bezogen. Im übrigen ist anzunehmen, dass der Wille der Parteien immer auf eine solche Nutzenziehung aus der Gesamtheit gerichtet ist⁵⁴.

Bei einem Handelsunternehmen wird die gesamthafte Nutzung immer periodisch bestimmt. Zu diesem Zweck wird der Lauf eines Handelsgeschäftes in verschiedene Zeitabschnitte eingeteilt, die man Geschäftsperiode nennt. Meistens dauern diese ein Jahr. Am Ende jeder solchen Periode wird der durch den Geschäftsbetrieb erzielt Reingewinn ermittelt und dem Nutzniesser zugewiesen.

Bevor im 4. Kapitel näher auf diese Gewinnermittlung eingegangen werden kann, müssen noch die dem Nutzniesser im Rahmen seiner Nutzungsberechtigung auferlegten Pflichten näher umschrieben werden:

⁵¹ Art. 756.

⁵² Art. 757. BGE 46. I. 473.

⁵³ Wie Kauf, Tausch, Verkauf.

⁵⁴ Jacusiel S. 46.

Von einer Nutzung kann nur innerhalb gewissen Grenzen gesprochen werden. Solche setzt einmal die bereits bei der Verwaltung erwähnte Verpflichtung des Berechtigten, das Unternehmen wie ein guter Wirtschaftler zu nutzen. Dies bedeutet erstens einmal, dass die Bestimmung des Betriebes, sowie dessen Gestalt aufrecht erhalten bleiben muss. Namentlich dürfen die Gewinne nicht forciert gesteigert werden, da dies dem Unternehmen zum Schaden gereichen würde. Zweitens muss das Geschäft in gutem Zustand erhalten bleiben. Dieser Pflicht wird durch die Ersatzleistungen und Reparaturen Genüge getan. Zur ordentlichen Verwaltung gehört weiter die rechtzeitige Geltendmachung von Zinsen und Forderungen. Ganz allgemein muss der Nutzniesser dafür sorgen, dass keinerlei Fristen versäumt werden. Eine weitere Grenze des Nutzungsrechtes setzt die Pflicht, das Unternehmen gemäss den Gewohnheiten des frühern Inhabers weiter zu führen. Namentlich soll sich der Nutzniesser jeglicher Uebernutzung enthalten. Blosser Gebrauchsabnutzung hat der Nutzniesser nicht zu vertreten. Für jede Art der Uebernutzung ist er aber verantwortlich und zu Schadenersatz verpflichtet⁵⁵.

Diese Pflicht zur Betriebsfortsetzung im Sinne des früheren Eigentümers ist besonders wichtig für die Bestimmung, was als Nutzung an den jetzigen Berechtigten fällt. Vor allem stellt sich die Frage, ob der nach Abzug aller Betriebskosten, Reparaturen etc. verbleibende Reingewinn dem Nutzniesser voll ausbezahlt werden darf, oder ob nicht, entsprechend den Gewohnheiten des frühern Inhabers, daraus zuerst noch ein Sicherheits-, Amortisations- oder Reservefonds gespiesen werden muss. Solche Gewohnheiten des frühern Inhabers muss der Nutzniesser unter allen Umständen beibehalten.

Für die Erfüllung aller erwähnten Pflichten haftet der Nutzniesser nach sachenrechtlichen Nutzniessungsnormen. Auf die rechtsgeschäftlich begründete Nutzniessung finden weiter auch die Normen von OR Art. 97 ff. Anwendung.

⁵⁵ Eine Rolle spielt die Uebernutzung vor allem beim sogen. Raubbau in Wäldern und Minen. Deren Erschöpfung durch normale Ausbeutung hat der Nutzniesser nicht zu vertreten. Ueber die Frage, ob er berechtigt sei, in diesem Fall neue Stollen zu graben, vergl. Anm. 49 dieses Kapitels. Um eine solche Erschöpfung nach Möglichkeit zu verhindern, stellt das Gesetz in Art. 770/72 die Pflicht zur Errichtung und Innehaltung eines Wirtschaftsplanes auf. Vergl. auch Sebes S. 93.

II. TEIL

Gewinnbeteiligungsrecht und Verlusttragungspflicht des erbrechtlichen Nutzniessers am Handelsgeschäft

4. Kapitel

Allgemeines

Nachdem im ersten Teil dieser Abhandlung die allgemeinen Regeln für die Nutzniessung an einem Handelsgeschäft erörtert worden sind, soll in diesem zweiten Teil speziell die Gewinn- und Verlustverteilung zwischen Erben und Nutzniesser behandelt werden. In der Praxis treten hier mangels einer gesetzlichen Regelung immer wieder Schwierigkeiten auf. Sie werden in der Regel durch Parteivereinbarungen überbrückt. Wo keine solchen Abreden getroffen worden sind, gilt allgemein, dass der Nutzniesser das Unternehmen führt und verwaltet und als Nutzung den Reingewinn bezieht. Verluste, die ohne sein Verschulden entstanden sind, muss er nicht ersetzen.

Es ist nicht erforderlich, dass der Nutzniesser den Nutzen direkt selbst bezieht. Er kann diesen auch indirekt beziehen, indem er entweder das Handelsgeschäft durch eine andere Person verwalten lässt, die ihm den Reingewinn abliefert, oder das Unternehmen entgeltlich einem Dritten zur Nutzung überlässt. Daneben steht ihm jederzeit die Möglichkeit offen, die Umwandlung seines Anspruches in eine Rente zu verlangen.

Bis anhin wurde immer von der Nutzniessung an einem Handelsgeschäft, also an einem Komplex von bestimmten, aus dem Nachlass ausgeschiedenen Objekten gesprochen. Es kommt aber oft vor, dass nach dem Erbfall die Nutzniessungsobjekte nicht bestimmt sind. Der überlebende Ehegatte hat in diesem Fall nur einen quotalen Nutzungsanspruch am Nachlass. Dieser Anspruch richtet sich nicht auf die gesamte Hinterlassenschaft als Einheit, sondern auf die einzelnen Nachlassobjekte. Es

stellt sich nun die Frage, ob sich auch die Ausübung der Nutzung auf jedes einzelne Nachlassobjekt bezieht, oder ob sich diese vielmehr auf den Nachlass als Gesamtheit richtet, ähnlich wie dies beim Handelsgeschäft der Fall ist. — Die Entscheidung dieser Frage ist insofern von Bedeutung, als im ersten Fall der Nutzniesser von jeglichem unverschuldeten Verlust unberührt bleibt und nur die Gewinne aus den einzelnen Objekten bezieht, während im zweiten Fall eine gesamthafte Gewinn- und Verlustrechnung aufgestellt wird, so dass allfällige, bei einem der Nachlassobjekte entstandene Verluste den gesamten ihm zufallenden Reingewinn schmälern.

5. Kapitel

Die Ermittlung von Gewinn und Verlust

§ 11. Die Buchführung des Nutzniessers

A) Allgemeines

Obschon es «eigentlich nicht Sache des Juristen ist, buchhalterische Vorschriften aufzustellen»¹, finden wir im Gesetz dennoch einige kurze zwingende Buchhaltungsregeln. Eine geordnete, zweckmässige Buchführung besteht nicht nur im Interesse Dritter, die mit dem Kaufmann in rechtliche Beziehung treten, und sich deshalb über Gang und Stand des Unternehmens im Klaren sein wollen, sondern genau so im Interesse des Kaufmanns selbst, der so jederzeit einen Ueberblick über seine Vermögenslage, seine Forderungen und Schulden gewinnen kann. In einer geordneten, ihren Zwecken entsprechenden Buchhaltung sollen daher alle abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und vollzogenen Vermögensveränderungen ersichtlich sein. Es soll eine klare Uebersicht über den Stand, die Tätigkeit und die finanzielle Lage des Unternehmens vorliegen.

Nach ZGB und HRegVO besteht eine gesetzliche Buchführungspflicht nur für den eintragungspflichtigen Kaufmann, nicht also für die klei-

¹ Wieland S. 331.

neren Erwerbs-, Veräusserungs-, Transport- und Fabrikationsgeschäfte, deren Roheinnahmen nicht die Summe von Fr. 25 000.— erreicht ².

Auf Grund seiner Sorgfaltspflicht besteht für den Nutzniesser an einem Handelsgeschäft diese Buchführungspflicht aber in jedem Fall ³. Der dem Nutzniesser zufallende Reingewinn des Unternehmens kann nur auf diese Art ermittelt werden. Normalerweise steht es dem Kaufmann frei, die seinem Betrieb angepasste Buchhaltungsform zu wählen. Nur die doppelte Buchhaltung schliesst aber mit der Gewinn- und Verlustrechnung ab, die zur Reingewinnermittlung unumgänglich ist. Der Nutzniesser ist daher nicht nur allgemein zur Führung einer Buchhaltung, sondern darüber hinaus zur Führung einer doppelten Buchhaltung verpflichtet. Diese gesetzliche Pflicht besteht übrigens in jedem Fall, da ein Ausweis über Gewinn und Verlust notwendig ist.

In der Buchhaltung ist der normale Stand des Geschäftsvermögens getrennt vom Privatvermögen des Eigentümers und des Nutzniessers darzustellen. Diese Aufstellung muss periodisch, normalerweise jährlich, vorgenommen werden. Dies erstens einmal, damit der Zweck der Buchführung — regelmässige Uebersicht über die gesamte Vermögenslage — erfüllt ist; ferner, damit der durch die Geschäftsführung erstrebte Vermögenszuwachs ermittelt werden kann. Sicher und endgültig erzielt ist ein Erfolg eigentlich erst, wenn alle Geschäfte abgewickelt sind, d. h. wenn das gesamte Geschäftsvermögen veräussert und somit jegliche Verlustgefahr beseitigt ist. Da für den Kaufmann und für den Nutzniesser vor allem das Unternehmen die meist einzige Einkommensquelle bildet, soll der Gewinn womöglich schon vor dieser Gesamtliquidation regelmässig ausbezahlt werden. Zu diesem Zweck wird er in bestimmten Zeitabschnitten ermittelt. Man muss sich aber im Klaren sein, dass diese Art der Gewinnermittlung immer ungenau ist, denn viele Geschäfte sind noch in der Schwebelage und ihr Ablauf ist ungewiss ⁴.

Dem Eigentümer steht ein Ueberprüfungs- und Einsichtsrecht in die durch den Nutzniesser geführte Buchhaltung zu ⁵. Kellerhals ⁶ leitet dieses

² HRegVO Art. 53/54.

³ Etwas abweichend Sebes S. 92: Er unterstellt den Nutzniesser vorerst der gesetzlichen Buchführungspflicht und gibt einen Rückgriff auf die Grundsätze der ordentlichen Bewirtschaftung erst, wenn keine Buchführungspflicht besteht, nicht also schon von Anfang an.

⁴ Wieland S. 316.

⁵ Leemann zu Art. 766 III No. 3b.

⁶ S. 299.

in Analogie zu OR Art. 541 ab. Dieses Prüfungsrecht besteht aber auch auf Grund der allgemeinen Verfügungsbefugnis des Eigentümers, ferner auf Grund der direkten Gesetzesbestimmung des Art. 759. Danach hat der Eigentümer ein Einspracherecht gegen jeden widerrechtlichen oder der Sache nicht angemessenen Gebrauch. Darunter fällt auch die unsorgfältige Verwaltung des Geschäftes, wie schlechte Buchführung usw. Um diese Einsprache erheben zu können, muss der Eigentümer vorerst Kenntnis der Sachlage haben. Diese gewinnt er nur durch Einsicht in die Buchhaltung und Prüfung derselben. Das Prüfungs- und Einsichtsrecht des Eigentümers bildet also ganz klar die Voraussetzung für die gesetzliche Bestimmung des Art. 759.

Da der Nutzniesser zur Führung einer doppelten Buchhaltung verpflichtet ist, gelten für ihn auch alle vom Gesetz aufgestellten Buchführungsvorschriften. Es ist nicht Sache dieser Arbeit, näher darauf einzugehen. Der Vollständigkeit halber sei aber ein kurzer Ueberblick darüber gegeben, wie sich diese Gesetznormen für den Nutzniesser darstellen:

B) Inventar und Bilanz des Nutzniessers

Wie jeder Kaufmann, so stellt auch der Nutzniesser ein Inventar, ein Verzeichnis aller Vermögensstücke und Schulden mit ihrer Wertangabe⁷ auf und setzt die Aktiven und Passiven einander in der Bilanz gegenüber. Die Aktivseite der Bilanz zeigt, wie das Geschäftsvermögen angelegt ist. Es fallen darunter einmal alle Objekte des Geschäftsinventars, gleichgültig, ob sie dem eigentlichen, dem uneigentlichen oder dem Dispositionsniessbrauch unterliegen. Auf dieser Seite der Bilanz finden wir ferner den Anspruch des Eigentümers gegen den Nutzniesser aus Ersatzpflicht für die durch Verschulden des Nutzniessers untergegangenen Nutzniessungsobjekte, denn dies sind Forderungen des Handelsgeschäftes gegen das Privatvermögen des Nutzniessers⁸. Hier wird weiter auch der Wertzuwachs der Objekte gebucht.

Die Passivseite gibt an, wie weit das Handelsgeschäft mit eigenem und wie weit mit fremdem Kapital arbeitet⁹. Auf dieser Seite der Bilanz stehen die Schulden. Darunter finden wir die Restitutionsforderungen des Eigentümers, da sie Forderungen des Privatvermögens des Eigentümers gegen

⁷ Staub § 39 Anm. 1.

⁸ Kellerhals S. 299.

⁹ Lehmann S. 101.

das Handelsvermögen sind. Ferner wird hier der Anspruch des Nutzniessers gegen den Eigentümer aus Verwendungen und Neuerungen gebucht, da diese Schulden des Handelsgeschäftes an den Nutzniessern sind. Weiter finden wir hier allfällig vorausbezogene Gewinne und Honorare¹⁰.

Sehr wichtig in der Buchhaltung des Nutzniessers ist die Bewertung der Vermögensobjekte. Davon hängt das Resultat der Gewinn- und Verlustrechnung und damit die Höhe des dem Nutzniesser zufallenden Reingewinns ab. Im allgemeinen gelten auch für ihn die normalen Bewertungsgrundsätze. Er soll speziell darauf achten, die Gegenstände mit ihrem wirklichen Wert einzusetzen, d. h. dem Wert, den sie in der Beziehung zwischen ihm und dem Eigentümer haben. In seinem eigenen Interesse soll der Nutzniesser insbesondere bei den Abschreibungen vorsichtig sein.

Abschreibung ist die buchmässige Herabsetzung des Wertes, zu dem ein Objekt inventarisiert ist. Damit können die verschiedensten Wertebussen in der Bilanz zum Ausdruck gebracht werden. Diese können durch Abnützung, Substanz- oder Brauchbarkeitsverringerung, durch Kurschwankungen, Naturereignis oder Zufall entstehen. Reparaturen heben diese Wertminderungen nie auf, sondern verringern sie nur.

Bei Abschreibungen soll im allgemeinen vorsichtig vorgegangen werden. Werden sie zu klein bemessen, so entspricht der effektive Wert nicht mehr dem Buchwert. Die auf den Buchwert vertrauenden Gläubiger können dadurch Schaden erleiden. Werden dagegen zu grosse Abschreibungen vorgenommen, so verringert sich der Reingewinn, und die daran Teilhabenden kommen zu kurz. Es fragt sich, wie sich der Nutzniesser verhalten soll:

Kellerhals¹¹ vertritt die Ansicht, dass sich der Nutzniesser in seinem eigenen Interesse der üblichen übermässigen Abschreibungen enthalten soll: Er habe ja die normale Abnützung nicht zu vertreten und bei zu grossen Abschreibungen verringere sich nur sein Gewinnanspruch. Gegen diese Ansicht spricht aber, dass sich in diesem Fall bei Rückgabe des Geschäftes an den Eigentümer die Buchhaltung plötzlich stark verändert: Für den Eigentümer selbst und gegenüber Dritten hat die Sache an Wert eingebüsst, obschon dieser Wert in der Beziehung zwischen Eigentümer und Nutzniesser derselbe geblieben ist.

¹⁰ Cf. S. 62.

¹¹ S. 300.

Für die Ansicht von Kellerhals spricht allerdings der Umstand, dass durch Ersatz- und Reparaturpflicht die wichtigsten und notwendigsten Objekte dauernd ergänzt worden sind, so dass der Fehlbetrag auf keinen Fall grosse Summen ausmachen kann. Dennoch würde es im Interesse Dritter, die auf die Buchhaltung abstellen, liegen, wenn der Nutzniesser die normalen Abschreibungen vornimmt und diesen eine Reduktion der Ersatzforderungen des Eigentümers auf der Passivseite gegenüberstellt, genau wie dies bei der Verminderung der Aktiven ohne Verschulden des Nutzniessers geschieht ¹².

§ 12. Die Gewinnziehung des Nutzniessers

Bei einem Handelsgeschäft ist die Nutzung des Einzelobjektes praktisch unmöglich. Dieses hebt sich nicht nur zu wenig von der Gesamtheit ab, sondern bietet als deren Bestandteil auch eine ganz anders geartete Nutzung als als alleinstehender Gegenstand. Auch kann bei einem Handelsunternehmen der Gewinn nicht wie beim Einzelobjekt direkt nach vollzogener Operation, wie Kauf, Tausch, Verkauf, erfasst werden, sondern erst mit dem Abschluss der Jahresrechnung ¹³.

Der Nutzen des Unternehmens wird periodisch gesamthaft ermittelt. Er stellt sich immer als finanzieller Ertrag dar, als sogenannter Reingewinn ¹⁴ des Geschäftes. Dieser wird als Aktivsaldo der Gewinn- und Verlustrechnung ermittelt und ist die Reinvermögensvermehrung ¹⁵, die infolge vorteilhaftern Geschäftsbetriebes erzielt wurde ¹⁶.

Der Reingewinn setzt sich aus verschiedenen Grössen zusammen: einmal aus dem Betriebsgewinn, d. h. dem Gewinn aus dem Verkauf von Waren und Fabrikaten, Einkaufsrabatten usw., ferner aus dem Kapitalertrag, also den Zinsen, Renten, Beteiligungen; weiter aus dem Immobilienertrag und ferner aus verschiedenen andern Gewinnen, wie Kurs-, Lotterie- und Spekulationsgewinnen usw. Die Summe aller dieser Gewinne, abzüglich der Verluste ergibt den Reingewinn. Dieser fällt nicht unbedingt ganz dem Nutzniesser zu. Es müssen daraus vorerst noch die Gewinnanteile ¹⁷ anderer Beteiligter ausgerichtet und ferner entsprechend

¹² Vergl. S. 60.

¹³ Renault S. 116.

¹⁴ Kellerhals S. 298 ff. Leemann zu Art. 766 No. IIIb Sebes S. 92.

¹⁵ Stern Bhlex.

¹⁶ Wieland S. 537.

¹⁷ Tantiemen.

den Gewohnheiten des früheren Inhabers¹⁸ Beiträge an die verschiedenen Fonds geleistet und Rücklagen und Reserven gemacht werden. Erst was nach diesen üblichen Abschreibungen noch verbleibt, ist als Reingewinn dem Nutzniesser zuzuerkennen.

§ 13. Die Verlusttragung des Nutzniessers

In schlechten Jahren kann das Geschäftsvermögen eine beträchtliche Einbusse erleiden. Ein solcher Verlust liegt buchhaltungstechnisch dann vor, wenn in der Erfolgsrechnung die Passiven die Aktiven übersteigen.

Es stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang der Nutzniesser zur Verlusttragung herangezogen werden kann. Sinn und Zweck der Nutzniessung ist die Gewährung von finanziellen Vorteilen. Der Berechtigte soll mit seinem eigenen Vermögen kein Kapitalrisiko eingehen müssen, sondern nur Vorteile aus seinem Recht ziehen. Prinzipiell muss der Nutzniesser daher keine Verluste tragen. Anders liegt der Fall natürlich, wenn er diese selbst verschuldet hat. Nach allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln und nach dem Nutzniessungsrecht im besondern ist er dann zu Ersatz verpflichtet.

Dass der Beweis des Nichtverschuldens am Verlust dem Nutzniesser selbst auferlegt ist, und nicht der Eigentümer dessen Schuld beweisen muss, bedeutet nicht eine Umkehr des erwähnten Grundsatzes, dass der Nutzniesser prinzipiell keine Verluste zu tragen hat, sondern entspricht rein der Zweckmässigkeit: Da normalerweise der Nutzniesser das Unternehmen innehat und verwaltet, ist dem Eigentümer, der dem Betrieb fern steht, ein Schuldbeweis gegen den Nutzniesser kaum zumutbar, meist sogar unmöglich.

A) Der Nutzniesser kann sich exculpieren

Wenn dem Nutzniesser die Exculpation gelingt, d. h. wenn er beweisen kann, dass der Schaden ohne sein Dazutun und ohne sein schuldhaftes Nichteingreifen entstanden ist¹⁹, muss er den Verlust nicht decken. Es wäre aber ungerecht, diesen nun ganz auf den Eigentümer zu schieben. Er hat ihn weder verschuldet, noch steht er momentan in so naher tat-

¹⁸ Vergl. S. 53.

¹⁹ Kellerhals S. 300: Durch Verlegung einer Strasse oder eines Bahnhofs hat z. B. ein Gebäude an Wert eingebüsst.

sächlicher Beziehung zum Unternehmen, dass seine Haftung dafür begründbar wäre. Es wird daher mit diesen Verlusten wie mit den Aufwendungen zu ausserordentlichen Lasten gehalten. Der Eigentümer bekommt die Vermögensverminderung vorläufig nicht zu spüren. Sie wird auf den mit der Nutzniessung belasteten Teil seines Vermögens angerechnet, indem der entstandene Minderwert als Reduktion der Ersatzforderungen des Eigentümers gegen den Nutzniesser gebucht wird. Der Verlust wird so für keine der Parteien sofort spürbar: Der Eigentümer bekommt die Kapitalverminderung erst bei Beendigung des Nutzniessungsverhältnisses zu spüren, indem er entsprechend weniger zurückerstattet erhält. Den Nutzniesser trifft dieser Verlust insofern, als sein Nutzniessungsvermögen dadurch verringert wird.

B) Der Nutzniesser kann sich nicht exculpieren

Wenn dem Nutzniesser der Exculpationsbeweis nicht gelingt, muss er den entstandenen Verlust decken²⁰. Aus zweierlei Gründen wird ihm aber eine Erleichterung gewährt:

1. will man vermeiden, dass der Nutzniesser, also der überlebende Ehegatte, durch die Verlustdeckung in finanzielle Not gerät, denn neben dem Handelsgeschäft wird er kaum ein grosses Vermögen besitzen.

2. gilt allgemein das Prinzip, dass während der Dauer der Nutzniessung das Geschäftsvermögen für die Verluste aufzukommen hat²¹.

Dementsprechend hat der Gesetzgeber folgende Regelung getroffen:

Die Verluste müssen erst bei Beendigung des Nutzniessungsverhältnisses vollständig gedeckt sein. Bis dahin figurirt der Verlustbetrag als Forderung des Geschäftsvermögens gegen das Privatvermögen des Nutzniessers in der Geschäftsbilanz. Am Bestand des Nutzniessungskapitals wird nichts geändert. Der Eigentümer wird also vom Schaden nicht betroffen. Sein Anspruch beschränkt sich darauf, vom Nutzniesser eine so sorgfältige Geschäftsführung zu verlangen, dass in absehbarer Zeit auf eine Deckung des Verlustes und eine erneute Rendite des Unternehmens zu hoffen ist.

Diese Tendenz zu einer möglichst raschen Verlustdeckung gehört mit zu den Pflichten des ordentlichen Nutzniessers. Auf keinen Fall aber muss er die bezogenen Gewinne früherer Jahre zur Verlustdeckung herausgeben.

²⁰ Art. 752.

²¹ Vergl. Regelung unter A.

Meistens bestreitet der Nutzniesser seinen Lebensunterhalt mit dem ihm aus dem Geschäft zufallenden Reingewinn. Wenn sich nun ein Verlust eingestellt hat, werden dem Nutzniesser diese notwendigsten Existenzmittel entzogen. Aus Zweckmässigkeitsgründen ist ihm daher nach geltender Theorie²² erlaubt, dem Geschäft trotz Verlust weiterhin die notwendigen Subsistenzmittel zu entnehmen. Dieser Bezug darf den Betrag nicht übersteigen, der einem geschäftsleitenden Angestellten als Honorar zukäme²³.

Diese Lösung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Nutzniesser seine Arbeitskraft in den Dienst des Unternehmens gestellt hat, wofür ihm normalerweise ein Gehaltsanspruch zustände. Da er aber als Nutzniesser nur Anspruch auf den Reingewinn hat, muss er das, was er als Gehalt bezogen hat, mitsamt den übrigen Verlusten in den folgenden Jahren wieder einsparen. Erst dann kann wieder eine normale Gewinnverteilung stattfinden.

Auf den ersten Blick scheint es recht und billig, dem Nutzniesser für seine Verwaltungs- und Geschäftsleitungstätigkeit diesen Gehaltsanspruch endgültig zuzusprechen. Wir dürfen aber keinesfalls ausser acht lassen, dass der Nutzniesser eben gerade nicht Angestellter mit Gehaltsanspruch ist, sondern selbständiger Verwalter und Inhaber des Unternehmens. Andere vertragliche Vereinbarungen zwischen ihm und dem Eigentümer vorbehalten, hat der Nutzniesser nur Anspruch auf den Reingewinn. Weitere Bezüge stellen eine Uebernutzung dar.

²² Kellerhals S. 300, Leemann zu Art. 766 No. III 3b.

²³ Kellerhals S. 300.

6. Kapitel

Die verschiedenen Formen der erbrechtlichen Nutzniessung am Handelsgeschäft

Wie wir gesehen haben, nimmt die Regelung der Nutzniessung des überlebenden Ehegatten im Gesetz einen beschränkten Raum ein. Tuor¹ gibt dafür folgende Begründung: «Im Ehegattenerbrecht ist sehr deutlich die allgemeine Tendenz des ZGB zu erkennen, nur die Hauptgrundsätze der Regelung in einem weitgespannten Rahmen zu geben, die Entscheidung von Einzelfragen der von bewährter Lehre und Ueberlieferung geleiteten richterlichen Auslegung oder Rechtsetzung zu überlassen.»

Die Nutzniessung am Handelsgeschäft wird auch in den Kommentaren sehr wenig ausführlich behandelt². Wir haben aber gesehen, dass sich diese beschränkte gesetzliche Regelung dennoch ohne allzugrosse Schwierigkeiten auf sie ausdehnen lässt. Dies wenigstens für den Fall, da der Nutzniesser das Unternehmen selbst nutzt und verwaltet, also Inhaber und Besitzers des Geschäftes ist.

In der Praxis ist der Fall nicht immer einfach. Es ist vielmehr möglich und kommt häufig vor, dass der überlebende Ehegatte³ gar nicht in der Lage ist, das ihm zur Nutzniessung überlassene Unternehmen des Verstorbenen weiter zu betreiben. Obschon er weder Inhaber des Geschäftes wird, noch bei der Verwaltung mitspricht, soll ihm dennoch der Nutzen aus dem Geschäft zufallen. Dieser finanzielle Vorteil ist gerade der Grund, weshalb ihm die Nutzniessung vermacht wurde oder weshalb er diese dem Eigentumsviertel vorzog.

Die Nutzniessung an einem Handelsgeschäft kann sehr verschiedene Formen annehmen: Wenn wir vom Erbfall ausgehen, können sich folgende zwei Situationen ergeben:

1. Es liegt eine letzte Willenserklärung des Erblassers vor, die dem überlebenden Ehegatten die Nutzniessung am ganzen oder an einem bestimmten Teil des Nachlasses einräumt. Die der Nutzniessung unterliegenden Objekte sind genau durch den Testator bestimmt.

¹ Rede S. 6.

² Wieland zu Art. 766 7b. Leemann zu Art. 766 No. 28.

³ Meistens wird es die Frau sein.

2. Es liegt keine solche Erklärung vor⁴ und der überlebende Ehegatte wählt die Nutzniessung, oder es liegt zwar eine solche vor, die dem überlebenden Ehegatten mehr als nur seinen gesetzlichen Anspruch zur Nutzung einräumt, die aber die dieser Nutzung unterliegenden Gegenstände nicht näher bezeichnet. In beiden Fällen haben wir es mit einem quotenmässigen Nutzniessungsanspruch zu tun. Es ergeben sich dabei wieder zwei Möglichkeiten:

a) Zwischen den Erben und dem überlebenden Ehegatten findet eine Auseinandersetzung statt, um die der Nutzniessung unterworfenen Objekte zu bestimmen. Dabei soll insbesondere darauf geachtet werden, dass die unter die Nutzniessung fallenden Objekte nicht nur wertmässig, sondern auch bezüglich des zu ziehenden Nutzens dem quotalen Recht entsprechen.

Für diese Auseinandersetzung zwecks Aussonderung der Nutzniessungsobjekte gibt das Gesetz keine bestimmte Klage. Beide Parteien haben aber das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen: Die Erben bedienen sich dafür der Erbschaftsklage⁵. Dem überlebenden Ehegatten steht diese nicht zu, da er nicht Erbe ist⁶. Auch die Vermächtnisklage taugt nichts, da sie die Herausforderung schon bestimmter Objekte bezweckt. Da aber dem Gatten ein dinglicher Anspruch auf Besitz der Nutzniessungsobjekte zusteht⁷, kann er folglich dessen Einräumung verlangen, obwohl ihm keine bestimmte Klage dafür gegeben ist⁸. Nach dieser Auseinandersetzung sind die Nutzniessungsobjekte bestimmt und der Fall stellt sich analog dem unter 1 erwähnten dar.

Festzuhalten ist noch, dass der überlebende Ehegatte auf alle Fälle Anspruch hat, bestimmte Erbschaftssachen in Nutzniessung zu erhalten. Er muss sich also keinesfalls mit einer Geldabfindung begnügen⁹.

b) Es wird keine Auseinandersetzung vorgenommen¹⁰. Die Erben sind

⁴ Wenn sich im Nachlass ein Handelsgeschäft befindet, wird allerdings meistens beim Tode des Erblassers schon entschieden sein, wer das Unternehmen weiter führt. Der Erblasser hat event. seine Söhne im Betrieb nachgezogen, oder der überlebende Ehegatte war schon immer im Unternehmen tätig, so dass er dieses ohne Schwierigkeiten allein weiter leiten kann.

⁵ Art. 598/60.

⁶ Escher zu Art. 462 No. 17, zu Art. 561 No. 3. Tuor zu Art. 462 No. 20, zu Art. 561 No. 3. Seinet S. 12. Piaget S. 94.

⁷ Art. 755 I.

⁸ Escher zu Art. 462 No. 20.

⁹ Art. 462 I, Escher zu Art. 462 No. 18.

¹⁰ Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn noch unmündige Kinder da sind, für die der überlebende Ehegatte ohnehin vorläufig ihren Erbteil nutzt und verwaltet, so dass sich eine Auseinandersetzung erübrigt.

Gesamteigentümer des Nachlasses¹¹, der mit dem quotalen Anspruch des Nutzniessers belastet ist. Wenn sich das Recht der Erben auf das nackte Eigentum beschränkt, wenn also die Nutzniessung am ganzen Nachlass besteht, so führt im Zweifel der Nutzniesser die Verwaltung. Wenn der Nutzniesser dagegen nur einen quotalen Anspruch hat, wird im Zweifel die Verwaltung gemeinsam geführt¹². Sein quotales Nutzniessungsrecht kommt dann nur noch bei der anteilmässigen Ertragsverteilung zum Ausdruck.

Die Frage der Geschäftsführung wird sich normalerweise ziemlich reibungslos lösen lassen. Schwierigkeiten und Streitigkeiten ergeben sich meistens erst bei der Frage der Gewinnverteilung und insbesondere bei allfällig auftretenden Verlusten. Auf keinen Fall darf der eigentliche Zweck der Nutzniessung ausser acht gelassen werden: Der überlebende Ehegatte soll weiterhin denselben Lebensstandard aufrecht erhalten können, wie bis anhin. Dazu muss er auf ein regelmässiges Einkommen zählen können, ohne aber ein finanzielles Risiko eingehen zu müssen. Keinesfalls soll er Verluste tragen müssen, die ohne sein Verschulden entstanden sind. Das Schlimmste, was ihm zustossen kann¹³, ist, dass der Nutzniessungsgegenstand völlig untergeht, so dass ihm daraus kein Nutzen mehr zufällt. Wenn auf den Nutzniesser ein finanzielles Risiko fallen soll, muss dies ausdrücklich vertraglich zwischen ihm und den Erben vereinbart werden.

Im Folgenden soll nun die Frage der Gewinn- und Verlusttragung zwischen dem nutznießungsberechtigten Ehegatten und den Erben behandelt werden. Vorausgesetzt ist immer ein Nachlass eines Kaufmanns, in dem sich ein Handelsgeschäft befindet. Zuerst sei die einfache Situation erwähnt, da das Nutzniessungsobjekt bestimmt ist, und dann der Fall, da die Nutzniessung nur quotam am Nachlass besteht, die ihr unterworfenen Objekte also nicht bestimmt sind. In beiden Fällen muss immer untersucht werden, wer das Handelsgeschäft verwaltet, ob der Nutzniesser, die Erben, beide zusammen oder ein Dritter und in welcher Beziehung die Beteiligten zueinander stehen.

¹¹ Art. 602.

¹² In Anlehnung an Tuor zu Art. 462 No. 5 II, der für die Auseinandersetzung zwischen Erben und Nutzniesser die Grundsätze über die Erbteilung als anwendbar erklärt, insoweit als der legislative Grund es erheische und die Natur der Sache es zulasse.

¹³ Vorausgesetzt, dass ihm der Exculpationsbeweis gelingt.

7. Kapitel

Das Nutzniessungsobjekt ist aus der Erbmasse ausgeschieden worden

§ 14. Allgemeines

Die Bestimmung und Ausscheidung des Handelsgeschäftes als Nutzniessungsobjekt kann entweder durch den Erblasser selbst verfügt, oder durch Parteivereinbarung zwischen Erben und Nutzniesser so geregelt worden sein. Automatisch wird das Unternehmen als Nutzniessungsobjekt bestimmt, wenn die Nutzniessung den gesamten Nachlass belastet und dieser einzig und allein im Handelsunternehmen besteht.

Die Aussonderung des Nutzniessungsobjektes hat für die Erben den Vorteil, dass sie ihren unbelasteten Teil jetzt schon erhalten. Für den Nutzniesser ist die Ausscheidung wünschenswert, weil er dann frei über das Geschäft bestimmen kann, wenigstens hinsichtlich der Nutzung und Verwaltung¹.

Wenn der Nutzniessungsgegenstand bestimmt worden ist, beschränkt sich die Berechtigung des überlebenden Ehegatten einzig und allein darauf. Der übrige Nachlass berührt ihn nicht. Er hat weder ein Verwaltungs-, Verfügungs-, noch ein Mitsprache- oder Nutzungsrecht daran, muss aber auch keinesfalls dafür einstehen.

Als Nutzniesser des Unternehmens hat er das Recht, dieses zu besitzen, zu verwalten und zu nutzen². Dieses Recht steht ihm auf jeden Fall zu. Die Erben müssen dulden, dass der Nutzniesser Geschäftsinhaber wird. Wenn ein zur Geschäftsführung ungeeigneter Nutzniesser diese erzwungen hat, steht ihnen jedoch ein Einspracherecht³ zu: bei Gefährdung des Unternehmens können sie Sicherstellung⁴ und, wo diese nicht geleistet wird, richterlichen Entzug des Geschäftes und Bestellung einer Beistandschaft verlangen⁵.

Es kommt vor, dass der Nutzniesser das Unternehmen nicht selbst führen will. Dann stellt sich die Frage, wer an seiner Stelle die Betriebs-

¹ Marquis S. 137.

² Art. 755.

³ Art. 759.

⁴ Art. 760/761.

⁵ Art. 762.

leitung übernimmt. Die Nutzung verbleibt natürlich nach wie vor dem Nutzniesser. Die Parteien werden normalerweise unter sich vereinbaren, wer in diesem Falle die Betriebsleitung innehaben soll, ob die Erben allein, oder diese zusammen mit dem Nutzniesser, oder ob ein Dritter als Pächter bestellt werden soll.

Diese Parteiabreden sind sehr oft nur hinsichtlich der Regelung der Verwaltung klar, während über das Uebrige, insbesondere über die Gewinn- und Verlustbeteiligung nichts gesagt wird. Es ist dann Sache der Auslegung, diese Parteiabrede der einen oder der andern Vertragsform zu unterstellen und die entsprechenden Wirkungen eintreten zu lassen.

Auch wenn die Parteien ihre Abmachung als einen bestimmten Vertrag charakterisieren, ist noch nicht gesagt, dass dieser Vertragstypus wirklich vorliegt. In jedem Fall muss genau geprüft werden, was die Parteien vereinbaren wollten und konnten. Dementsprechend ist der darauf passende Vertragstypus zu bestimmen, dem dann auch die übrigen Beziehungen unterstellt werden. Sehr oft wird der Vertrag seinem Inhalt nach keiner der im OR geregelten Vertragsart entsprechen. Er ist dann als sogenannte «Mischform»⁶ zu betrachten: Ein solcher gemischter Vertrag besteht aus der Verbindung mehrerer Einzelverträge verschiedener gesetzlicher Kategorien⁷.

Die Entscheidung darüber, welcher Vertragstypus vorliegt, soll immer im Hinblick auf die daraus entstehenden Rechte und Pflichten getroffen werden. Da diese Vertragsinhalte oft ineinander überfließen, bietet ihre Unterstellung vielfach Schwierigkeiten.

§ 15. Der Nutzniesser führt das Handelsgeschäft

A) Der Nutzniesser ist Geschäftsinhaber

Der einfachste Fall der Nutzniessung an einem Handelsgeschäft liegt dann vor, wenn der Berechtigte selbst das Unternehmen verwaltet und nutzt. Wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren, hat der Nutzniesser das Recht, diese Stellung zu verlangen.

⁶ BGE 41. II. 109.

⁷ Näheres vergl. Siegwart. Vorbem. zu Art. 530—51 No. 3.

Für den überlebenden Ehegatten ist diese Situation immer dann wünschenswert, wenn er bis anhin im Geschäft mittätig war und ohne Schwierigkeiten das Unternehmen selbst weiter führen kann. Diese Stellung als Geschäftsführer kann er entweder lebenslänglich beibehalten oder früher oder später eine der nachstehenden Formen der Nutzniessung wählen.

Die Erben dagegen können eine solche Umwandlung dieser direkten Nutzniessung in eine der andern Formen nur dann verlangen, wenn der Nutziesser nachweisbar seinen Verwaltungspflichten nicht mehr nachkommt⁸.

Im Normalfall steht dem Nutziesser laut Art. 755 der Besitz, die Verwaltung und die Nutzung des Geschäftes zu. Darüber siehe die allgemeinen Ausführungen über die Nutzniessung an einem Handelsgeschäft. Zusammenfassend soll hier nochmals wiederholt werden, dass dem Berechtigten als Nutzung der jährliche Reingewinn zufällt. Jeglicher Uebernutzung, also jeder Verminderung des Geschäftsvermögens, soll er sich enthalten. Verluste trägt der Nutziesser keine, sofern er sich exculpieren kann, sondern diese werden vom Handelsunternehmen getragen. Der Eigentümer ist nicht zu Ersatz verpflichtet. Gelingt dem Nutziesser der Exculpationsbeweis nicht, so muss er den Verlust ersetzen. Da bei Vorliegen von Verlusten sein jährlicher Reingewinnanteil ausfällt, darf er dem Geschäft weiterhin die nötigen Subsistenzmittel entnehmen, bis zu dem Betrag, der ihm als geschäftsleitender Angestellter zukäme. Diese Gehaltszahlungen muss er aber mitsamt den Verlusten in den nächsten Jahren wieder einsparen⁹.

B) Der Nutziesser führt das Geschäft im Auftrag der Erben

Wenn der im Betrieb arbeitende Nutziesser eine den Erben untergeordnete Stellung einnimmt und für seine Arbeitsleistung extra entlohnt wird, liegt es nahe, dieses Verhältnis als Dienstvertrag zu bezeichnen. Wir haben aber bereits darauf hingewiesen, dass solche Typisierungen mit Vorsicht vorzunehmen sind. Besonders wenn auch die Erben im Betrieb mitarbeiten, wird es nicht leicht sein, zu entscheiden, ob wir es nicht viel eher mit einem Gesellschaftsverhältnis zu tun haben. Wie wichtig die Be-

⁸ Art. 760/62.

⁹ Kellerhals S. 300, Leemann zu Art. 766 No. 29.

antwortung dieser Frage ist, zeigt sich insbesondere, wenn wir an die Gewinn- und Verlustbeteiligung in den beiden Fällen denken¹⁰.

Bei der einfachen Gesellschaft treffen die Beteiligten die Gewinne und Verluste gleichmässig. Der Dienstpflichtige dagegen kann nie zur Verlusttragung herangezogen werden. Ein Gewinnbeteiligungsrecht neben seinem Lohnanspruch kann jedoch vereinbart werden. Es ist sogar möglich, dass das gesamte Entgelt für die geleistete Arbeit in einem Anteil am Gewinn besteht. In diesem Fall wird das Verhältnis zwischen den Beteiligten eher gesellschaftsähnlich, indem zwischen ihnen eine weitgehende Interessengemeinschaft besteht¹¹. Der Angestellte läuft allerdings Gefahr, benachteiligt zu werden: Er hat wohl ein Kontrollrecht¹² über die Buchführung, jedoch keinerlei Möglichkeit, in die Geschäftsführung des Eigentümers einzugreifen, ausser wenn der Eigentümer offensichtlich beabsichtigt, die Tantième des Dienstpflichtigen zu schmälern.

Wenn neben oder statt des Lohnanspruchs eine Gewinnbeteiligung vereinbart wurde, ist der dem Dienstpflichtigen zufallende Gewinn als Lohn und sein Anspruch in jeder Hinsicht¹³ als Lohnforderung zu betrachten.

Der Gewinnanteil des Dienstpflichtigen besteht im Zweifel in einem Teil des Reingewinns des Betriebes¹⁴. Nicht beteiligt ist der Dienstpflichtige an andern als echten Betriebsgewinnen, wie z. B. an solchen aus dem vollständigen oder teilweisen Verkauf des Geschäftes. Der Gewinnanspruch bezieht sich lediglich auf reine Geschäftsgewinne, welche aus der normalen Betriebstätigkeit resultieren.

Das Vorliegen eines solchen Dienstvertragsverhältnisses ist in allen jenen Fällen anzunehmen, in welchen ein Unterordnungsverhältnis zwischen Erben und Nutzniesser besteht, so dass der Nutzniesser zwar zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, aber keinen Einfluss auf die Geschäftsführung¹⁵ ausüben kann. Ob er als Entgelt dafür einen festen Lohn oder eine Quote des Gewinns erhält, spielt keine Rolle. Sicher kann aber kein Dienstvertragsverhältnis angenommen werden, wenn eine Verlustbeteiligung vereinbart ist¹⁶.

¹⁰ Siegwart Vorbem. zu Art. 530—51 No. 71.

¹¹ Siegwart Vorbem. zu Art. 530—50 No. 69.

¹² Siegwart Vorbem. zu Art. 533 No. 6, Art. 330 II.

¹³ Also betreffend Verjährung, Verrechnung, Sicherung etc.

¹⁴ Oser Art. 330 II No 11.

¹⁵ Er hat also z. B. kein Kontrollrecht, Mitspracherecht etc.

¹⁶ BGE 39, II. 545. BIZR 1/S. 263.

C) Der Nutzniesser führt das Geschäft als Pächter der Erben

Ein Pachtverhältnis zwischen Eigentümer und Nutzniesser ist immer dann anzunehmen, wenn die Parteien vereinbart haben, dass der Nutzniesser das Unternehmen leitet, verwaltet und die Erträge bezieht, dafür aber den Erben ein regelmässiges Entgelt leistet.

Grundsätzlich ist ein solcher Pachtvertrag über ein Handelsgeschäft absolut möglich. Wie jedes andere Objekt kann auch ein Geschäftsbetrieb entgeltlich auf bestimmte Zeit¹⁷ einem andern zur Ertragsgewinnung überlassen werden. Der Pächter hat dann sowohl das Recht, wie auch die Pflicht, zum Bezug des Ertrages. Diese Nutzungsverpflichtung ist insbesondere bei der Pacht eines Handelsunternehmens sehr wichtig, denn wenn dieses Unternehmen nicht richtig genutzt wird¹⁸, gehen mit der Zeit die Chancen, wie Kundschaft, Renommé usw., und damit der Ertrag verloren.

In dieser Form wird sich die Pacht allerdings selten darstellen. Häufig dagegen ist die sogenannte Teilpacht. Diese liegt vor, wenn der Pachtzins vom wirtschaftlichen Ertrag des Geschäftes abhängig ist¹⁹, und in einer Quote desselben besteht²⁰.

Wenn bei dieser Teilpacht vertraglich nichts über die Ertragsbeteiligung bestimmt ist, ist diese nach Ortsgebrauch festzusetzen²¹.

Die Rechtsverhältnisse bei der Teilpacht nähern sich wieder denjenigen bei der einfachen Gesellschaft, indem die Bezüge beider Parteien stark von der wechselnden Höhe der Erträge abhängig sind.

Auch hier muss dem Verpächter ein Einsichts- und Kontrollrecht zugestanden werden, ähnlich wie beim Dienstvertrag mit Gewinnbeteiligung. Art. 294 OR setzt dieses Kontrollrecht des Verpächters geradezu voraus.

Eine Pacht oder Teilpacht wird vereinbart werden, wenn dem Nutzniesser nur ein Teil des Unternehmens zur Nutzung zugefallen ist, und er

¹⁷ Der Nutzniesser kann das Unternehmen höchstens für die Dauer seiner Berechtigung verpachten. Weiss No. 5400.

¹⁸ Sei es, dass es schlecht geführt wird, oder längere Zeit geschlossen bleibt.

¹⁹ Siegwart Vorbem. zu Art. 530—51 No. 75.

²⁰ Oser-Schönenberger zu Art. 275 No. 7.

²¹ Art. 275 III.

den andern Teil oder ein dazugehöriger Nebenbetrieb von den Erben zur Bewirtschaftung übernehmen möchte.

Von einer Verlustbeteiligung kann bei der Pacht nicht gesprochen werden. Der Pächter wirtschaftet auf eigene Rechnung und hat die Verpflichtung, das Unternehmen bei Beendigung des Rechtsverhältnisses im gleichen Zustand, wie er es übernommen hat, zurückzuerstatten.

§ 16. Der Erbe führt das Handelsgeschäft

Der überlebende Ehegatte hat auf jeden Fall Anspruch, das Unternehmen selbst zu führen. Für die Erben dagegen besteht keinerlei Möglichkeit, das aus dem Nachlass zur Nutzniessung ausgeschiedene Handelsgeschäft zur selbständigen Bewirtschaftung zu verlangen²². Erst bei Missbräuchen oder bei Gefährdung des Unternehmens durch den geschäftsführenden Nutzniesser können sie einschreiten.

Rossel-Mentha²³ bemerkt dazu, dass wenn den Erben viel daran liegt, sie die Geschäftsleitung dennoch auf Umwegen erlangen können, indem sie als Lockvogel dem Nutzniesser eine sehr hohe Rente versprechen für den Fall, dass er sich mit einer Umwandlung einverstanden erkläre.

Sehr häufig steht die überlebende Ehefrau dem Geschäftsbetrieb allzufern, um dessen Leitung zu begehren. Wenn dazu die Söhne schon zu Lebzeiten des Erblassers im Betrieb arbeiteten, wird dessen Weiterleitung am besten in deren Hände gelegt. Wie bis anhin, da sie im Geschäft des Erblassers tätig waren, erhalten sie für ihre Arbeitsleistung ein festes Gehalt. Die Situation verbleibt für sie also dieselbe wie bisher: sie liefern jetzt nur den Reingewinn des Betriebes dem Nutzniesser ab, statt wie früher dem Eigentümer.

Wenn die Ehefrau gar nichts vom Geschäft versteht, wird ihr eine feste Rente lieber sein, als dieses ungewisse, bald höhere, bald niedrigere Einkommen. Die einmal verlangte Rentenumwandlung wirkt aber endgültig und kann auf keinen Fall mehr rückgängig gemacht werden.

Um diese Situation erst einmal probeweise herbeizuführen, kann der Nutzniesser das Handelsgeschäft an die Erben gegen einen festen Zins verpachten. Dieses Verhältnis ist jederzeit kündbar.

²² Tuor zu Art. 463 No. 5.

²³ II. No. 918.

A) Der Nutzniesser erhält den Reingewinn des Geschäftes

Die Situation ist folgende: Der Eigentümer führt das Handelsgeschäft und liefert dem Nutzniesser den Reingewinn des Unternehmens ab. Wir haben es also wieder mit einem Dienstvertrag oder mindestens mit einem diesem ähnlichen Verhältnis zu tun. In schlechten Jahren erhält der Nutzniesser nichts, muss aber auch weder an der Verlustdeckung teilnehmen, noch den einmal bezogenen Gewinn dazu wieder herausgeben.

Diese Sachlage beruht auf Vereinbarung zwischen Erben und Nutzniesser. So verlockend diese Lösung mit ihrer ausbleibenden Risikotragung und Verwaltung auf den ersten Blick aussieht, so ungünstig wird sich die praktische Verwirklichung für den Nutzniesser meistens darstellen: Da für die Erben diese Situation nicht begehrenswert ist, werden sie sich kaum auf diese Abmachung einlassen, es sei denn, der Nutzniesser gewähre ihnen ein sehr hohes Gehalt oder sichere ihnen einen Anteil am Gewinn zu. Durch beide Zubilligungen wird der Nutzungsanspruch des überlebenden Ehegatten erheblich eingeschränkt. Wenn der Nutzniesser nicht sehr viel vom Geschäft versteht, kann er so stark geschädigt werden.

Ein gewisses Einsichtsrecht in die gesamte Betriebsführung muss ihm allerdings auf jeden Fall zugebilligt werden. Wir haben schon in den verschiedensten Fällen²⁴ gesehen, dass dieses Einsichts- und Kontrollrecht immer dann vorausgesetzt werden muss, wenn ein nicht an der Betriebsleitung Beteiligter Anspruch auf einen Gewinnanteil hat. Ausdrücklich erwähnt oder vorausgesetzt wird dieser Grundsatz vom Gesetz selbst mehrmals. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen scheint hier gerechtfertigt.

An der Deckung von entstandenen Verlusten muss sich der Nutzniesser in keiner Hinsicht beteiligen. Das Schlimmste, was ihm passieren kann, ist, dass das Unternehmen keinen Reingewinn abwirft und er folglich nichts erhält.

²⁴ Siegart zu Art. 533, No. 6. Becker zu Art. 330 No. 11 zu Art. 326 No. 8.

B) Der Nutzniesser erhält einen festen Pachtzins von den Erben

Dem Nutzniesser steht jederzeit das Recht zu, die Ausübung seiner Nutzung entgeltlich einem andern zu überlassen. Bei einem Handelsgeschäft handelt es sich bei dieser entgeltlichen Nutzungsüberlassung meistens um eine Pacht oder um ein pachtähnliches Verhältnis. Wenn nun die Erben Pächter sind, vereinfachen sich die allgemeinen Pachtregeln um vieles: Die Beaufsichtigungspflicht und ferner auch eine eventuelle Sicherstellungspflicht des Nutzniessers fallen weg²⁶. Der Erbe als Pächter kann sich verhalten wie er will, mit Ausnahme, dass er das Unternehmen nicht ohne Zustimmung des Nutzniessers veräussern oder liquidieren darf, und dass er den Pachtzins regelmässig bezahlen muss.

Der Pachtzins wird immer etwas kleiner als der eigentliche Nutzungswert des Unternehmens sein. Es muss berücksichtigt werden, dass das Risiko der Gewinnziehung auf den Pächter abgewälzt worden ist. Dieser Risikotragung sollen auch erhöhte Gewinnmöglichkeiten entsprechen.

Gegenüber einer Rente, die wertmässig etwa der Summe des Pachtzinses entspricht, hat die Verpachtung den Vorteil, dass sie nicht endgültig, sondern normal kündbar ist, so dass später wieder zu einer andern Vertragsform übergegangen werden kann.

Die bereits erwähnte Teilpacht ist auch hier möglich. Wie die Vollpacht, entlastet auch sie den Nutzniesser der Verwaltung und sichert ihm ein festes, regelmässiges Einkommen. Darüber hinaus bietet die Teilpacht noch den Vorteil einer möglichen Ertragsbeteiligung.

C) Der Nutzniesser erhält eine Rente

Dem überlebenden Ehegatten steht es jederzeit frei, sein Nutzniessungsrecht gegen eine Rente zu vertauschen²⁷. Er kann also seinen Gewinnanspruch in einen solchen auf eine feste, jährlich gleichbleibende Geldsumme, die die Erben ihm zu entrichten haben, umwandeln lassen.

Die Rente bildet einen obligatorischen Anspruch des Nutzniessers. Sie ist ihm jährlich pränumerando zu bezahlen, denn er soll seinen Unterhalt daraus bestreiten können. Für den Nutzniesser hat diese Umwandlung den

²⁶ Kellerhals S. 306.

²⁷ Art. 463.

Vorteil, dass ihm die Mühe und Sorge der Verwaltung und die Verantwortung der Betriebsleitung abgenommen wird. Reibungen zwischen ihm und den Erben lassen sich auch auf diese Art am besten vermeiden. Dem überlebenden Ehegatten ist ein festes Einkommen gesichert.

Bei Gefährdung seiner Rechte haben die Erben dem Nutzniesser Sicherheit zu leisten²⁸. Am besten ist es, wenn die Erben für ihn bei einer zuverlässigen Rentenanstalt eine Rente kaufen. So sind sie der Sicherheitsleistungspflicht enthoben.

Diese Rentenumwandlung kann nach schweizerischem Recht nur vom überlebenden Ehegatten, niemals aber von den Erben verlangt werden²⁹. Dies entspricht dem Prinzip des schweizerischen Nutzniessungsrechts, dass der Nutzniesser auf jeden Fall Anspruch auf den Besitz seines Nutzniessungsobjektes hat und von den Erben auf keinen Fall daraus vertrieben werden darf.

Die Rente muss so berechnet werden, dass sie der Nutzung entspricht³⁰. Sie soll für den Nutzniesser denselben ökonomischen Vorteil bieten, wie die Nutzung. Der Betrag der Rente wird sich allerdings normalerweise etwas tiefer halten, als der durchschnittliche jährliche Ertrag des Unternehmens, da berücksichtigt werden muss, dass der Nutzniesser der Verwaltung des Geschäftes enthoben wird³¹.

Es stellt sich die Frage, ob Ertragsveränderungen des ehemaligen Nutzniessungsvermögens, welche unabhängig vom Verhalten des Eigentümers entstanden sind, eine Verminderung, resp. Erhöhung der Rente bewirken können. Für eine solche Abänderung der Rente spricht der Umstand, dass das Recht auf eine Rente eigentlich kein selbständiges Recht ist, sondern nur ein Surrogat der Nutzniessung. Sie wurde der Nutzniessung entsprechend berechnet, und soll ihr daher immer äquivalent sein. Gegen eine Abänderung spricht, dass es gerade Sinn und Zweck der Rente ist, diese Schwankungen in der Höhe der Erträge zu stabilisieren. Wenn nun zugelassen würde, dass bei einer Veränderung der Ertragsfähigkeit die Rente verändert werden kann, so wäre die Auseinandersetzung zwi-

²⁸ Art. 518 III OR: solide Rentenanstalt. Marquis S. 44.

²⁹ Anders im franz. Recht: Nur die Erben können die Rentenumwandlung verlangen. Ueber Diskussionen betreffend der Regelung im schweizerischen Recht vergl. Piaget S. 110 ff.

³⁰ Escher zu Art. 463 No. 6. Tuor zu Art. 463 No. 13.

³¹ Marquis S. 42.

schen Rentenschuldner und Rentengläubiger nie abgeschlossen. Jeder würde immer wieder versuchen, die Rente zu seinem Vorteil abzuändern³².

Die Rente soll von Anfang an sehr sorgfältig berechnet werden. Vorausssehbare Schwankungen in den Erträgen sind nur zu berücksichtigen, wenn ihr Eintreten mit Sicherheit erwartet werden kann³³. Dann aber ist die Rente stabil festgesetzt und Gläubiger und Schuldner tragen dasselbe Risiko.

§ 17. Erben und Nutzniesser führen das Handelsgeschäft gemeinsam

Erben und Nutzniesser können auch vereinbaren, das Unternehmen gemeinsam zu führen³⁴. Sie bilden zu diesem Zweck entweder eine einfache Gesellschaft oder lassen sich, wenn das Unternehmen einen grössern Umfang aufweist, im Handelsregister eintragen³⁵. Der Vertrag zwischen Erben und Nutzniesser stellt sich oft nicht als reiner Gesellschaftsvertrag dar, sondern tritt in verschiedenen Mischformen auf. Die Verbindung mit einem Dienstvertrag ist besonders häufig³⁶.

A) Als einfache Gesellschaft

Wenn Erben und Nutzniesser durch einen obligatorischen Vertrag vereinbart haben, das Unternehmen gemeinsam zu führen, und sie sich im übrigen in Rechten und Pflichten gleichgestellt sind, liegt ein einfaches Gesellschaftsverhältnis vor. «Jede Abweichung von dieser Sachlage bedeutet Annäherung an eines der andern Rechtsverhältnisse»³⁷. Starke Unterordnung der einen Partei unter den Willen der andern oder verminderte Rechte und Pflichten der einen Partei, sprechen gegen das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft. Hervorhebung der gegenseitigen Rechte und Pflichten, insbesondere der Gewinnberechtigung deuten auf

³² Escher zu Art. 463 No. 5.

³³ Escher zu Art. 463 No. 6.

³⁴ Automatisch tritt dieses Gemeinschaftsverhältnis ein, wenn die Erbschaft unverteilt und das Nutzniessungsobjekt unbestimmt bleibt.

³⁵ Tuor zu Art. 602 No. 7.

³⁶ Siegwart Vorbem. zu Art. 530—51 No. 3, vergl. auch S. 77.

³⁷ Siegwart Vorbem. zu Art. 530—51 No. 1.

eine einfache Gesellschaft hin³⁸. Fehlende Verlusttragung eines mit Arbeit beteiligten Gesellschafters schliesst ein Gesellschaftsverhältnis nicht aus. Wenn der Beitrag aber in veräusserlichen Sachwerten besteht, ist die Verlusttragung zwingend³⁹. Gesellschafter, die andere als veräusserliche Sachwerte leisten, sind ebenfalls von der Verlusttragung befreibar⁴⁰, ebenso Gesellschafter in zurückgesetzter Stellung. Nur bei vollem Genuss der Gesellschaftsrechte soll auch die Risikotragung vollständig sein⁴¹. Gewinnbeteiligung liegt bei einem einfachen Gesellschaftsverhältnis zwingendermassen immer vor. Der Verteilungsmodus kann vertraglich vorgesehen sein. Subsidiär gilt die gesetzliche Regelung der Gleichstellung der Gesellschafter ohne Rücksicht auf ihre Beiträge⁴².

Bei der einfachen Gesellschaft wird, andere Vereinbarung ausgenommen, der Gewinn immer erst bei Auflösung der Gesellschaft fällig. In Anlehnung an die Regelung bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft⁴³ wird bei Handelsgeschäften die Gewinnverteilung meist periodisch vorgenommen⁴⁴. Die Verlusttragung bleibt aber bis zur Auflösung der Gesellschaft immer eine rein rechnerische. Der Anteil jedes Gesellschafters am Verlust wird ihm entweder auf der Passivseite vorgemerkt, oder an seinem aktiven Kapital abgezogen. Es besteht keine gesetzliche Nachschusspflicht für diese Verluste. Erst bei Auflösung der Gesellschaft werden die Passivanteile der Gesellschafter fällig⁴⁵.

Eine einfache Gesellschaft wird meist errichtet werden, wenn der Nachlass unverteilt bleibt. Sie kommt aber auch dann vor, wenn dem Nutzniesser nicht das ganze, sondern nur ein Teil des Unternehmens zur Nutzung zugefallen ist und das übrige die Erben unbelastet erhalten haben. Erben und Nutzniesser bilden dann eine einfache Gesellschaft, wobei die Einlage des Nutzniessers im Nutzniessungsvermögen, diejenige der Erben in ihrem unbelasteten Erbteil besteht.

In der Praxis ist der Fall aber so, dass das Unternehmen, sobald es einen gewissen Umfang aufweist, als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft im Handelsregister eingetragen wird.

³⁸ Siegwart, Vorbem. zu Art. 530—51 No. 71.

³⁹ Weiss No. 5930.

⁴⁰ BLZR 7/333. 11/148.

⁴¹ Siegwart zu Art. 533 No. 9.

⁴² Art. 533 I.

⁴³ Art. 558, 611.

⁴⁴ Tuor zu Art. 602 No. 19.

⁴⁵ Siegwart zu Art. 533 No. 16.

B) Als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft⁴⁶

Fast immer wenn der Zweck einer Personenverbindung im Betrieb eines Unternehmens besteht, ist die Führung einer gemeinsamen Firma und der Handelsregistereintragung unumgänglich⁴⁷. Wenn sich Erben und Nutzniesser gleichgestellt werden sollen, wird eine Kollektivgesellschaft⁴⁸, wenn einer der beiden nur beschränkt haften soll, eine Kommanditgesellschaft errichtet. Gewinne gelangen in beiden Fällen, andere Vereinbarungen ausgenommen, periodisch zur Verteilung. Verluste werden erst bei Auflösung der Gesellschaft fällig. Bis dahin werden die Kapitalanteile der Gesellschafter damit belastet.

Vielfach wird es vorkommen, dass das Unternehmen unter der Firma der Erben fortgeführt wird, während der Nutzniesser als stiller Gesellschafter beteiligt ist⁴⁹. Im Innenverhältnis hat der Nutzniesser dann nur beschränkte Rechte und Pflichten, insbesondere hinsichtlich der Gewinn- und Verlustbeteiligung. Oft wird es nicht allzuleicht sein, zu bestimmen, ob der Nutzniesser nicht doch eher als Kommanditär zu betrachten ist⁵⁰.

§ 13. Ein Dritter führt das Handelsgeschäft

A) Als Angestellter des Nutzniessers

Wenn der überlebende Ehegatte selbst nicht in der Lage ist, das Geschäft weiterzuführen, und die Erben z. B. noch zu jung oder ungeschult sind, um dem Betrieb vorzustehen, wird am besten eine Drittperson als Geschäftsführer angestellt, bis die Erben selbst die Leitung übernehmen können. Dieser Dritte steht dann meist in einem Dienstvertragsverhältnis⁵¹ zum Nutzniesser und bezieht für seine Arbeitstätigkeit einen festen Lohn. Der Reingewinn des Unternehmens fällt voll dem Nutzniesser zu. Eine Gewinnbeteiligung des Angestellten wird selten vereinbart.

Den Erben gegenüber bleibt der Nutzniesser verantwortlich. Sie haben aber das Recht, direkt gegen den Angestellten vorzugehen⁵².

⁴⁶ Siegwart, Vorbem. zu Art. 530—51 No. 4, No. 48.

⁴⁷ Weiss No. 3976.

⁴⁸ BGE 38 II 503.

⁴⁹ Siegwart, Vorbem. zu Art. 530—51 No. 7 ff. BIZR 21/1172.

⁵⁰ ZBJV 66/555.

⁵¹ Art. 319 OR.

⁵² Art. 758.

B) Als Pächter des Nutzniessers

Der Nutzniesser kann das Unternehmen entgeltlich einem Dritten zur Ausübung der Nutzung überlassen. Der ihm zufallende Pachtzins entspricht nie dem Ertrag, den er selbst durch eigene Bewirtschaftung aus dem Unternehmen ziehen könnte. Erstens einmal muss das Risiko, das der Pächter trägt, berücksichtigt werden, und weiter der Umstand, dass der Nutzniesser seine Arbeitskraft in der Zwischenzeit anderweitig verwerten kann⁵³.

Auch hier bleibt der Nutzniesser den Erben gegenüber verantwortlich. Diesen steht es aber frei, gegen den Pächter direkt vorzugehen⁵⁴.

⁵³ Kellerhals S. 301.

⁵⁴ Vergl. § 16 dieser Arbeit.

3. Kapitel

Es hat keine Ausscheidung des Nutzniessungsobjektes aus dem Nachlass stattgefunden

§ 19. Allgemeines

Wenn weder Erblasser die Nutzniessungsobjekte bestimmt, noch eine der beteiligten Parteien deren Ausscheidung verlangt hat, bleibt der ganze mit der Nutzniessung belastete Nachlass vorläufig zusammen. Dieser Fall ist praktisch häufig. Er kommt vor allem bei Nachlässen vor, die zur Hauptsache aus einem grossen, unverteilbaren Vermögenskomplex bestehen. Aber auch in den verschiedensten andern Fällen bleibt der Nachlass unverteilt: z. B. wenn der Nutzniesser sich nicht selbst mit der Verwaltung der Objekte beschäftigen will, und den Nachlass deshalb lieber zur gesamthaften Verwaltung zusammenlässt. Weiter dann, wenn auf ein noch ungeborenes Kind Rücksicht zu nehmen ist, so dass die Teilung bis zu dessen Geburt hinausgeschoben wird¹. Möglicherweise findet auch dann keine Ausscheidung statt, wenn die Kinder zur Zeit des Erbfalles noch unmündig sind, so dass der überlebende Ehegatte ohnehin für sie ihren Erbteil nutzt und verwaltet. Besser würde hier zwar eine Teilung vorgenommen. Da die familienrechtlichen Nutzungsregeln nicht denen der Nutzniessung entsprechen, ist eine genaue Auseinanderhaltung der beiden nur bei Ausscheidung der Objekte möglich.

Wenn keine Ausscheidung stattfindet, hat der Nutzniesser nicht wie in den bis dahin behandelten Fällen bestimmte Nachlassobjekte in seiner Hand, die er besitzen, verwalten und nutzen kann. Er bildet vielmehr zusammen mit den Erben eine Gemeinschaft, der das Eigentum und damit die Nutzung des gesamten Nachlasses zusteht². Seine Stellung ist ähnlich derjenigen eines Erben in der Erbengemeinschaft³. Deren Mitglied kann der überlebende Ehegatte auf keinen Fall sein, da er nicht Erbenqualität hat⁴. Welcher Art diese Gemeinschaft zwischen Erben und Nutzniesser ist, sagt das Gesetz nicht. Auch die Kommentare schweigen sich darüber aus⁵.

¹ Art. 605.

² Escher zu Art. 462 No. 18.

³ Art. 602.

⁴ Weiss No. 3951, 3211, 3274. Tuor zu Art. 602 III.

⁵ Wieland zu Art. 651 I, Leemann zu Art. 652 No. 2 ff.

Auf alle Fälle hat der Nutzniesser nicht Anspruch auf Besitz und Nutzung bestimmter Objekte. Sein Recht geht lediglich darauf, den Nutzen aus einer bestimmten Vermögensquote zu erhalten.

Natürlich kann er nach wie vor jederzeit die Ausscheidung seiner Nutzniessungsobjekte verlangen. Bei dieser Auseinandersetzung wird ihm aber dann ein seinem Anspruch entsprechender Teil des Nachlasses zugewiesen. Dieser muss auch im Hinblick auf die zu ziehende Nutzung seinem quotalen Recht entsprechen.

Dem Nutzniesser steht jederzeit das Recht zu, die Umwandlung seines Anspruchs in eine Rente zu verlangen. Auch diese soll seinem quotalen Nutzungsanspruch entsprechend berechnet werden.

§ 20. Die Berechnung des Nutzniessungsanspruchs des Nutzniessers

Wir haben gesehen, dass die Nutzung eines Handelsgeschäftes⁶ aus praktischen Gründen von dessen Gesamtheit bezogen wird. Es findet also eine gesamthafte Gewinnberechnung statt. Fraglich ist nur, wie weit dieser Begriff der Gesamtheit ausgedehnt werden darf: Kann ein ganzer unverteilter Nachlass im Hinblick auf die Probleme der Nutzniessung als Gesamtheit angesehen werden, oder ist diese Zusammenfassung als zu weitgehend zu betrachten?

Die Frage ist insofern von grosser Bedeutung, als der Nutzniesser im Fall einer Einzelabrechnung zwar aus jedem der einzelnen Nachlassteile seinen quotalen Gewinnanteil bezieht. Wenn aber bei einem dieser Teile ein von ihm unverschuldeter Verlust resultiert, berührt dieser ihn nicht oder höchstens insofern, als ihm aus jenem Vermögensteil kein Gewinn zufällt, bis dieser Verlust gedeckt ist. Die Gewinne, die sich aus den andern Teilen ergeben, werden aber von diesem Verlust nicht berührt und fallen anteilmässig voll dem Nutzniesser zu.

Im Falle einer gesamthaften Abrechnung, also einer Ausdehnung des Begriffs der Gesamtheit auf den ganzen unverteilten Nachlass, wird der aus einem bestimmten Nachlassteil entstandene Verlust gedeckt, bevor ein Gewinn zur Verteilung gelangt. Eigentlich gelangt dieser Verlust gar

⁶ Der Fall wird nicht nur bei einem Handelsgeschäft so liegen, sondern ebenso bei ähnlichen Vermögensteilen, wie Grundstücken, Miethäusern etc.

nicht als solcher zur Entstehung. Der am Ende einer Geschäftsperiode resultierende Gewinn wird nur wegen dieses Verlustes etwas kleiner. Damit verringert sich der dem Nutzniesser zufallende Reingewinn. Es fragt sich nun, ob über den Nachlass als Gesamtheit gesamthaft abgerechnet werden muss, oder ob dies dem Prinzip widerspricht, dass der Nutzniesser von den durch ihn unverschuldet entstandenen Verlusten nichts zu spüren bekommen soll.

Im Folgenden sollen die Gründe, die für und gegen eine solche gesamthafte Gewinn- und Verlustberechnung sprechen, abgewogen werden.

§ 21. Gründe, die gegen eine Gewinn- und Verlustberechnung über den gesamten unverteiltten Nachlass zusammen sprechen

Prinzipiell soll dem Nutzniesser der Reingewinn zufallen, während er unverschuldete Verluste nicht zu tragen hat. Diese Lösung ist klar und allgemein anerkannt, wenn das Nutzniessungsobjekt in einem Handelsgeschäft besteht. Genau so wird die Situation sein, wenn es sich um ein Mietshaus, ein Grundstück, Effekten oder andere ähnliche Vermögensteile handelt. Regelmässig wird der Nutzniesser durch unverschuldete Verluste nicht betroffen.

Wenn sich nun mehrere solche Komplexe in einem Nachlass befinden und darüber gesamthaft abgerechnet wird, so verringert sich der Gewinnanteil des Nutzniessers durch diesen bei einem der Vermögensteile entstandenen Verlust. Dies steht im Widerspruch zu dem eben erwähnten Prinzip, dass der Nutzniesser von solchen Verlusten nicht betroffen werden soll.

Die Begründung, dass beim Handelsgeschäft auch eine gesamthafte Abrechnung vollzogen werde, und nicht nur die Nutzung des Einzelobjektes dem Berechtigten zugewiesen werde, kann hier nicht analog angeführt werden. Beim Handelsgeschäft wurde diese Regelung aus praktischen Gründen getroffen. Es ist hier ein so enger Zusammenhang, ein so intensives Zusammenspiel der einzelnen Bestandteile gegeben, dass eine Einzelnutzenberechnung schlechtweg unmöglich ist. Bei einem Nachlass dagegen besteht keine solche innere Verbindung zwischen den einzelnen Objekten, die eine gesamthafte Abrechnung rechtfertigen würde. Ein Haus, ein Grundstück, ein Handelsgeschäft, jedes besteht unabhängig vom andern und wird von dessen Schicksal nicht berührt. Der Nachlass ist also keine Gesamtheit analog derjenigen des Handelsgeschäftes. Folglich kann nicht

gesamthaft abgerechnet werden. Ein solcher Analogieschluss würde dem Prinzip, dass der Nutzniesser nur den Nutzen zieht, nicht aber die Verluste trägt, zuwiderlaufen.

§ 22. Gründe, die für eine Gewinn- und Verlustberechnung über den gesamten unverteiltten Nachlass zusammen sprechen

Bei einer Hinterlassenschaft stehen die einzelnen Vermögensstücke sicher nicht in einem so engen Zusammenhang wie bei einem Handelsgeschäft. Aus diesem Grunde kann sich also eine gesamthafte Abrechnung nicht rechtfertigen. Gehen wir aber von einem andern Gesichtspunkt aus:

Der Nachlass ist unverteilt. Dem Nutzniesser steht eine quotale Berechtigung daran zu. Diese kann jeden Moment realisiert werden, wenn der Nutzniesser die Ausscheidung des Nutzniessungsobjektes oder die Umwandlung seines Anspruchs in eine Rente verlangt. In beiden Fällen zeigt es sich ganz deutlich, dass der quotale Anspruch des Nutzniessers am Nachlass zweierlei bedeutet:

Erstens einmal hat er Anspruch darauf, dass ihm seinem quotalen Recht entsprechende Nachlassobjekte zugeteilt werden. Wenn z. B. sein Anspruch auf ein Drittel zu Nutzniessung geht, kann er einen Drittel des Nachlasses in Besitz verlangen. Die ihm zugewiesenen Objekte müssen nicht nur wertmässig, sondern auch renditenmässig diesem Drittel des Nachlasses entsprechen. Von der Rendite des gesamten Nachlasses soll dem Nutzniesser auch nach der Ausscheidung ein Drittel zufallen.

Genau gleich ist die Situation bei der Rentenumwandlung. Die Rente wird auch auf Grund der durchschnittlichen jährlichen Rendite des Nachlasses und entsprechend dem quotalen Anspruch des Nutzniessers daran berechnet.

In diesen beiden Fällen spielt die Rendite des Nachlasses eine Rolle. Diese besteht im durchschnittlichen jährlichen Ertrag des Nachlasses. Ganz sicher ist sie nicht gleich der Summe der Gewinne, die die einzelnen Objekte abwerfen, sondern ist eben das Resultat des Wechselspiels von Erfolgen und Misserfolgen des Unternehmens.

Ob der Nutzniesser nun die ausgeschiedenen Objekte, die Rente, oder seinen quotalen Anspruch nutzt, immer sind diese drei verschiedenen Variationen desselben Rechts im Grunde genommen gleichwertig. Sie

müssen folglich auch gleiche Resultate ergeben. Wie bei der Ausscheidung des Nutzniessungsobjektes und bei der Berechnung der Rente vom Nachlass als Gesamtheit, respektive von dessen gesamthafter Rendite, ausgegangen wird, so ist diese Gesamtheit auch für die Berechnung der Nutzung an einer Quote des Nachlasses massgeblich.

Damit der Nutzniesser berechtigt wäre, von jedem einzelnen Objekt, das sich im Nachlass befindet, den Gewinn zu beziehen, müsste ihm die Nutzung am Objekt A, die Nutzung am Objekt B, die Nutzung am Objekt C etc. eingeräumt worden sein. In unserm Fall aber geht sein Recht gegen den Nachlass als Gesamtheit und folglich berechnet sich auch sein Gewinnanspruch aus dem Reingewinn, den diese Gesamtheit abwirft.

§ 23. Die quotalen Nutzniessung am unverteilten Nachlass als Nutzniessung an einer Gesamtheit

Wie die Erörterungen der zwei vorgehenden Paragraphen gezeigt haben, muss sich die Ausübung des Nutzungsrechtes am unverteilten Nachlass auf diesen als Gesamtheit beziehen. Die Gründe dafür sind allerdings nicht analog jenen, die wir für das Handelsgeschäft angeführt haben. Der Nachlass besteht nicht aus solchen untrennbar miteinander verbundenen und eng zusammengehörenden Objekten wie jenes. Die Realisierung des Rechts zeigt aber deutlich, dass die Nutzung unmöglich an jedem einzelnen Nachlassobjekt ausgeübt wird, sondern immer an der Hinterlassenschaft als Gesamtheit. Für die Berechnung des Gewinnanteils des Nutzniessers muss daher vom Reingewinn dieser Gesamtheit ausgegangen werden. Dem Nutzniesser wird davon ein seiner Quote entsprechender Teil zugewiesen.

Erneut sehen wir, dass die Ausübung der Nutzung sich gegen eine Gesamtheit richten kann, obwohl das Nutzniessungsrecht als solches nur an einer Einzelsache besteht. Die Gründe für diese gesamthafte Nutzungsberechnung sind meistens praktischer Natur.

Fälle der Nutzniessung am unverteilten Nachlass, also der Nutzniessung an einer Gesamtheit, kommen häufig vor. Eine etwas weniger knappe gesetzliche Regelung, besonders hinsichtlich der erbrechtlichen Nutzniessung wäre daher wünschenswert.

9. Kapitel

Das Nutzniessungsobjekt ist seiner rechtlichen, nicht aber seiner tatsächlichen Natur nach ausgeschieden worden

§ 24. Allgemeines

Bis jetzt nahmen wir immer an, das es sich bei den besprochenen Arten von Handelsgeschäften um einheitliche Unternehmen handle. In der Praxis kommt es aber häufig vor, dass sich in der Hand desselben Inhabers mehrere solche Geschäfte befinden, die bald in engem, bald in weitem oder gar keinem Zusammenhang zueinander stehen.

Einfach ist die Situation, wenn es sich um mehrere selbständige Handelsgeschäfte handelt, die durch den selben Inhaber betrieben werden. Weniger einfach liegen die Dinge dann, wenn der Erblasser ein Unternehmen betrieb, das aus verschiedenen Zweigen zusammengesetzt ist, die in enger wirtschaftlicher Beziehung zueinander stehen. Nehmen wir als Beispiel einen Betrieb der Metallbranche, der aus einer Giesserei, einer Schmiede, und einem Eisenabfallverwertungsunternehmen besteht. Alle drei Betriebe wurden bisher durch den Erblasser geführt. Verwaltungsmässig ist eine Trennung der drei Betriebe durchaus möglich. Tatsächlich arbeiteten aber die drei Unternehmen sehr eng zusammen. Ein Betrieb ist immer wieder auf die Produkte des andern angewiesen, die es bei diesem zu sehr niedrigem Preis beziehen kann: In dieser Giesserei werden die Gegenstände in ihrem Rohbau hergestellt, in der Schmiede vollendet und die Abfallstelle verwertet die Resten zu kleineren Produkten.

Wenn nun dem Nutzniesser z. B. die Abfallverwertstelle zugewiesen worden ist, stellt sich die Frage, wie der ihm zufallende Gewinn berechnet wird. Kann er einfach den Reingewinn aus diesem Unternehmen allein beanspruchen, oder muss gesamthaft, also zusammen mit den zwei andern Teilbetrieben abgerechnet werden?

Aehnliche Fälle werden praktisch in den verschiedensten Branchen immer wieder vorkommen. Um einige Beispiele zu nennen:

Eine Gärtnerei ist mit einem Blumengeschäft verbunden, ein Stoffgeschäft mit einem Schneideratelier, ein Zeitungskiosk mit einem Tabak-

geschäft, eine Metzgerei mit einem Gasthof, eine Pferdezuchtanstalt mit einer Reitbahn, ein Installateur mit einem Plattengeschäft, ein Architekturbüro mit einem Baugeschäft, ein Hotel mit einem Restaurant etc.

Überall hier stehen sich zwei vollwertige Unternehmen gegenüber, die an sich sehr wohl einzeln und für sich allein bestehen könnten, die aber tatsächlich sehr stark aufeinander angewiesen sind: Die Schneiderei verarbeitet die Stoffe des Stoffgeschäftes, die es zu billigem Preis dort beziehen kann. Der Metzger liefert das Fleisch billiger in den Gasthof. Architekturbüro und Baugeschäft. Installateur und Plattengeschäft, Hotel- und Restaurationsbetrieb ergänzen einander.

Solange der Erblasser lebte, ergaben sich aus der Verwaltung und Nutzung der einzelnen Betriebe in ihrer Gesamtheit keine Probleme. Nach seinem Tode tritt die Frage auf, ob diese Betriebe so auseinander gerissen werden können, dass jeder nachher selbständig existieren kann, oder ob eine solche Trennung tatsächlich unmöglich ist, da die Betriebe zu eng miteinander verknüpft sind, als dass einer davon selbständig und losgelöst vom andern existieren kann.

Grundlegende Bedeutung erhält diese Frage vor allem für die Gewinn- und Verlustberechnung. Wenn die Unternehmen getrennt und als selbständige Hauptbetriebe errichtet werden, muss die Erfolgsberechnung für jedes dieser Einzelunternehmen gesondert durchgeführt werden. Wenn dagegen eine Trennung unmöglich ist, wird die Gewinn- und Verlustberechnung weiterhin gesamthaft aufgestellt.

§ 25. Die verschiedenen Formen der Vereinigung mehrerer Handelsgeschäfte in der Hand eines Inhabers

Die Verbindung mehrerer Betriebe, die sich im Besitz desselben Inhabers befinden, kann sehr eng oder äusserst locker sein. Es ist nicht immer leicht zu entscheiden, ob wir es mit einem einzigen Unternehmen oder mit verschiedenen einzelnen Betrieben zu tun haben. Ein einheitliches Unterscheidungsmerkmal dafür gibt es nicht. Auch darf nicht bloss auf die subjektive Absicht des Inhabers abgestellt werden, auf den Umstand, dass er getrennte Bücher und verschiedene Firmen führt¹. Man

¹ Wieland HR I S. 28.

muss in jedem Fall prüfen, wie die verschiedenen Betriebe bezüglich Zweck, Organisation, Verwaltung und Vermögensgrundlage zueinander stehen. Die klarste Unterscheidung der verschiedenen Formen finden wir in der deutschen Literatur. In Anlehnung daran sei hier folgende Unterscheidung getroffen:

A) Mehrere Hauptunternehmen in der Hand desselben Inhabers²

Wenn die einzige Verbindung zwischen den verschiedenen Betrieben im selben Eigentümer besteht, so haben wir es mit mehreren Hauptunternehmen zu tun. Die verschiedenen Betriebe sind selbständig und bestehen wirtschaftlich unabhängig voneinander. Auch verfolgen sie keinen einheitlichen wirtschaftlichen Zweck. Verwaltung, Organisation und Vermögensrechnung sind getrennt. Auch das Bestehen gewisser geschäftlicher Beziehungen unter ihnen ändert daran nichts. Als Beispiel für zwei Hauptunternehmen führt Wieland³ an, dass ein Schuster nebenher ein Tabakgeschäft betreibe.

B) Haupt- und Nebengewerbe⁴

Wenn zwei oder mehr an sich selbständige Betriebe so miteinander verbunden sind, dass einer seine wirtschaftliche Grundlage und Hauptstütze⁵ im andern hat, «und als dessen Ausfluss erscheint»⁶, ist dieses als Nebengewerbe des Hauptgewerbes zu betrachten.

Die beiden Gewerbebetriebe sind an sich selbständig in Verwaltung, Organisation und Vermögen. Ihre Beziehungen beschränken sich auf verwandtschaftliche Grundlagen⁷ und eventuelle gemeinsame Arbeitskräfte oder Maschinen, so dass durch den Betrieb des Nebengewerbes die mit dem Hauptgewerbe verbundenen Produktionsmittel voll ausgenützt werden können⁸.

² Düringer-Hachenburg zu § 1 Anm. 11.

³ HR I S. 127.

⁴ HGB v. Mitgliedern des RG zu § 1 No. 15, § 3 No. 9.

⁵ Staub Art. 3 Anm. 4.

⁶ Düringer-Hachenburg zu § 1 Anm. 11.

⁷ Gebäude, Boden, Anlagen.

⁸ Wieland I S. 132 ff.

Hauptsächlich hierher gehören die mit einem landwirtschaftlichen Gewerbe verbundenen Betriebe, wie Butter- und Käsebereitung, Müllerei, Weinfabrikation, Sägerei, Torfgewinnung etc. Weiter aber auch die Gewerbe, bei denen die im Hauptbetrieb gewonnenen Erzeugnisse oder Abfälle einer weitem Bearbeitung unterzogen werden⁹.

C) Gemischte Gewerbebetriebe¹⁰

Hier handelt es sich um ein einziges Unternehmen, das aus qualitativ verschiedenen Bestandteilen zusammengesetzt ist. Diese verschiedenen Teile wirken eng zusammen und ermöglichen dem Unternehmer ein regelmässiges Einkommen aus dem Betrieb¹¹. Die Teilbetriebe haben einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck, ebenso eine gemeinsame Verwaltung, Organisation und Vermögensrechnung.

In einem solchen gemischten Unternehmen sind mehrere an und für sich selbständige Betriebe dadurch zu einem Ganzen vereinigt, dass sie sich wechselseitig ergänzen und fördern, oder dass wenigstens der eine der beiden Betriebe ganz oder ausschliesslich dem andern dienstbar ist¹². Man denke z. B. an eine Stoffhandlung, die mit einer Schneiderei verbunden ist, an einen Gasthof und eine Metzgerei, an ein Hotel und ein Restaurant, etc.

§ 26. Die Nutzniessung an einem solchen einzelnen, aus der Gesamtheit losgelösten Betrieb

Wenn sich mehrere Hauptunternehmen in der Erbmasse befinden, können diese ohne weiteres von einander getrennt und verschiedenen neuen Inhabern zugewiesen werden. Die Betriebe bestanden ja von jeher unabhängig voneinander.

Ganz ähnlich liegt der Fall, wenn es sich um ein Haupt- und ein Nebengewerbe handelt. Auch hier ist eine Trennung möglich. Allerdings müssen dem neuen Besitzer des früheren Nebengewerbes die zum Betrieb nötigen

⁹ Schmiede und Eisenabfallverwertstelle, Schlachthof und Metzgerei. Vergl. ferner Staub § 3 Anm. 4.

¹⁰ HGB von Mitgl. des RG § 1 Anm. 15.

¹¹ Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 11.

¹² Wieland S. 130.

Grundlagen mitübergeben werden. Dann aber wird dieser als selbständiger Betrieb weitergeführt werden können.

In beiden Fällen gestaltet sich eine allfällige Nutzniessung an diesen losgelösten Betrieben genau wie diejenige an einem gewöhnlichen Handelsgeschäft.

Schwieriger ist die Lage einzig bei den gemischten Gewerbebetrieben. Diese an und für sich selbständigen Unternehmen können wohl rechtlich verschiedenen neuen Inhabern zugewiesen werden. Tatsächlich ist aber für ihre Rentabilität ein enges Zusammenwirken notwendig. Wenn ein Betrieb aus der Gesamtheit losgetrennt wird, wird der andere und er selbst dadurch wichtiger Grundlagen beraubt. Verwaltung, Organisation und Vermögensrechnung können wohl voneinander getrennt werden. Bestimmte wirtschaftliche Beziehungen zwischen ihnen bleiben aber immer bestehen. Nur dank diesen können die Teilbetriebe überhaupt existieren und rentieren. Jeder Teilbetrieb für sich allein wird nie den Wert aufweisen können, den er in der Gesamtheit hatte. Auch ein Grossteil seines Gewinns erzielte er nur dank des Zusammenwirkens der verschiedenen Teilbetriebe. Es wäre sinnlos, diesen Betrieb, nur weil daran eine Nutzniessung besteht, aus der Gesamtheit zu lösen, um Gewinn und Verlust davon einzeln zu berechnen. Genau wie bei einem einfachen Unternehmen nicht von jedem Einzelteil der Gewinn, respektive der Verlust bestimmt werden kann, ist diese auch hier unmöglich. Jeder Teilbetrieb ist so sehr auf den andern angewiesen und so von ihm abhängig, dass eine gesonderte Renditenberechnung den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen würde. Nichts hindert aber daran, dass Verwaltung und Organisation der Betriebe gesondert durchgeführt werden. Aus denselben Gründen wie beim einfachen Handelsgeschäft rechtfertigt sich hier eine gesamthafte Gewinn- und Verlustrechnung.

Schlussbetrachtung

Zusammenfassend kann gesagt werden:

1. Da sich im Gesetz über die erbrechtliche Nutzniessung an Handelsgeschäften keine Normen finden lassen, wird die Materie in Anlehnung an die Regelung der allgemeinen sachenrechtlichen Nutzniessung weitgehend durch die privaten Vertragsvereinbarungen geregelt. Fehlen solche Vereinbarungen, so hat der Richter in Streitfällen je nach den tatsächlichen, zwischen den Berechtigten und Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnissen die diesen Verhältnissen angemessene Nutzniessungsart festzusetzen. Insbesondere hat er darauf abzustellen, ob das Nutzniessungsobjekt aus der Erbmasse ausgeschieden worden ist, oder nicht, ob die zwischen den Erben, dem Nutzniesser und Dritten bestehenden Vertragsverhältnisse einer der Vertragsarten des OR unterstellt werden können, oder ob es sich um eine gemischte Vertragsart handelt.

2. Für die Frage der Ermittlung von Gewinn und Verlust in einer Nutzniessung unterworfenen Handelsgeschäften sind die Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Personen von Bedeutung. Ferner ist bei dieser Ermittlung davon auszugehen, dass die tatsächlichen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen einzelnen Vermögensteilen des der Nutzniessung unterstellten Geschäftes verschiedenster Art sein können. Bei Vorhandensein von verschiedenen selbständigen oder unselbständigen Haupt- und Nebengeschäften ist der für die Nutzniessung wichtige Ertrag im Hinblick auf die wirtschaftliche Zweckmässigkeit nach kaufmännischen Grundsätzen zu ermitteln. Die Frage, ob zur Festsetzung der Höhe des Nutzniessungsanspruchs Gewinne von der Gesamtheit der Geschäfte oder von ihren einzelnen Teilen berechnet werden sollen, ist nicht nur einseitig zugunsten eines momentanen Vorteils des Nutzniessers zu entscheiden, sondern die Berechnung hat vielmehr im Hinblick auf eine gesunde, dauerhafte Erhaltung der Substanz des Geschäftes zu erfolgen.

3. Endlich ist die Frage der Gewinnbeteiligung und Verlusttragung des erbrechtlichen Nutzniessers in dem Sinn zu beantworten, dass grundsätzlich der Nutzniesser ein Recht auf Gewinnbeteiligung haben soll, nicht aber zur Verlusttragung herangezogen werden kann. Im einzelnen jedoch wird darauf abzustellen sein, ob der Nutzniesser an der Geschäftsführung massgeblich beteiligt ist, oder ob er die Nutzniessung als reine Berechtigung auf Genuss des Gewinns aus dem Handelsgeschäft gewählt hat. Im ersten Fall werden für die Frage der Verlusttragung die allgemeinen Regeln des OR über die Exculpation des geschäftsführenden Nutzniessers für entstandene Verluste zur Anwendung kommen. Im zweiten Fall wird dem Nutzniesser wohl sein vollständiger Anspruch auf Gewinnanteil zugbilligt werden, zur Verlusttragung kann er jedoch weder aus rechtlichen noch aus wirtschaftlichen Gründen herangezogen werden.

Lebenslauf

Am 9. November 1926 wurde ich in St. Gallen geboren. Dasselbst besuchte ich auch die Primarschulen und trat daraufhin in die st. gallische Kantonsschule ein, wo ich vorerst die Uebungsschule und die daran anschliessende Handelsschule besuchte. Im vierten Kantonsschuljahr trat ich ins Gymnasium über und schloss meine Schulzeit im Herbst 1946 mit der Maturität Typus B ab. Anschliessend begann ich meine juristischen Studien mit einem zweisemestrigen Aufenthalt in Genf und immatrikulierte mich daraufhin an der Universität Zürich. 1949 belegte ich ein Semester an der pariser Ecole de Droit. Nach Zürich zurückgekehrt begann ich mit den Vorarbeiten zu meiner Dissertation und nach deren Abschluss im Herbst 1951 mit den Examensvorbereitungen. Vom Frühjahr 1952 an legte ich laufend meine Prüfungen ab und bestand deren letzte am 2. Mai 1953.

